

Sygn. akt KIO 303/11
KIO 312/11

WYROK
z dnia 3 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2011 r. w Warszawie odwołań
wniesionych przez

ComArch S.A. 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a, (sygn. akt KIO
303/11)

Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A
(sygn. akt KIO 312/11)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Główny Urząd Geodezji i Kartografii 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2
przy udziale:

Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A
zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 303/11,

ComArch S.A. 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a zgłaszającej
przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
w sprawie sygn. akt KIO 312/11,

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco
Poland S.A. 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 i ESRI Polska Sp. z o.o.
ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie
do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie sygn.
akt KIO 303/11 i KIO 312/11

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża odpowiednio w spr. o sygn. akt KIO 303/11 – ComArch S.A. 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a, a w sprawie sygn. akt KIO 312/11 – Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ComArch S.A. 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a,**
- 2) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A,**
- 3) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ComArch S.A. 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a** na rzecz **Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A** na rzecz **Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii 00 – 926 Warszawa, ul. Wspólna 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 303/11 i KIO 312/11 z 3 marca 2011 r.

Zamawiający – Główny Urząd Geodezji i Kartografii prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „implementację i utrzymanie usług INSPIRE i ich brokera krajowego, brokera branżowego oraz szkolenia, na potrzeby projektu GEOPORTAL 2” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 czerwca 2010 r. w Dz. Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

14 lutego 2011 r. Odwołujący – Comarch S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, a także zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego – z uwagi, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

3. art. 7 ust. 1 i 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego niezgodnie z opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności poprzez zastosowanie zasad oceny niezgodnych ze specyfikacją i ocenę elementów, które nie zostały w specyfikacji określone, skutkujące przyznaniem ofercie Comarch S.A. zaniżonej liczby punktów w zakresie pozacenowego kryterium jakościowo – technicznego próbki,

4. art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedopuszczenie przedstawicieli Odwołującego do udziału w prezentacji próbki Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności kontroli próbki Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. z udziałem przedstawicieli Odwołującego,
3. powtórzenia czynności oceny ofert poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego zgodnie z opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności poprzez zastosowanie zasad oceny zgodnych ze specyfikacją i ocenę tylko tych elementów, które zostały w specyfikacji określone, skutkujące przyznaniem ofercie Comarch S.A. prawidłowej liczby punktów w zakresie pozacenowego kryterium jakościowo-technicznego próbki,
4. dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że oferta Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. otrzymała 91,11 pkt, na drugim miejscu uplasowała się oferta Comarch S.A., która otrzymała 89,00 pkt. Jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Comarch S.A., która jest ofertą z najniższą ceną brutto, natomiast oferta Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. została wybrana tylko ze względu na to, że liczba punktów przyznana ofercie Comarch S.A. w zakresie kryterium jakościowo – technicznego próbki została bezpodstawnie zaniżona. Oferta Comarch S.A. została oceniona przez Zamawiającego z naruszeniem zasad równości wykonawców i równej konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 i niezgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający bezpodstawnie nie dopuścił przedstawicieli Comarch S.A. do prezentacji i kontroli próbki Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o., podczas gdy w ofercie Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. utajniły

wyłącznie samą próbkę jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże wyraźnie wskazały, że objęcie tajemnicą nie obejmuje obecności innych wykonawców podczas prezentacji, co jest naruszeniem art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec nieobjęcia prezentacji i kontroli próbki tajemnicą przedsiębiorstwa już w ofercie, nie jest możliwe późniejsze rozszerzenie zakresu tajemnicy przedsiębiorstwa.

14 lutego 2011 r. odwołanie złożyła również Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. od niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego polegającej na:

1. ograniczeniu jawności postępowania w zakresie obecności przedstawicieli Odwołującego podczas demonstracji próbki przeprowadzonej 20 stycznia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A. oraz ESRI Polska Sp. z o.o., tj. na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o., której istotna treść została zmieniona po upływie terminu składania ofert, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. zakwalifikowaniu oferty ComArch S.A. na pozycji 2., mimo że oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i zaniechaniu odrzucenia tej oferty,
4. ograniczeniu jawności postępowania poprzez utajnienie pełnych wyników testów wygenerowanych podczas demonstracji próbki, tj. na podstawie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
5. naruszeniu zasad uczciwej konkurencji oraz nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w postępowaniu, tj. na podstawie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ComArch S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzucenie oferty Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych, a z ostrożności proceduralnej o: nakazanie Zamawiającemu powtórzenia przeprowadzenia prezentacji działania próbki Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. przy zachowaniu zasady jawności postępowania tj. przy obecności upoważnionych przedstawicieli Odwołującego, alternatywnie, w przypadku braku możliwości powtórzenia prezentacji, nakazanie Zamawiającemu udostępnienia pełnego protokołu sporządzonego przez komisję przetargową podczas prezentacji próbek, w szczególności wraz z udostępnieniem wyników wygenerowanych podczas ich prezentacji, unieważnienie postępowania, gdyż naruszeniem art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający doprowadził do nieodwracalnego naruszenia zasad jawności postępowania oraz zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, przez co postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i winno ono być unieważnione z uwagi na zaistnienie w postępowaniu przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż w załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis cech, sposobu przygotowania oraz oceny Próbkii” Zamawiający wskazał, że „w celu zapewnienia jawności postępowania oraz zachowania zasad uczciwej konkurencji, na każdą demonstrację, oprócz Wykonawcy demonstrującego, zostaną zaproszeni pozostali Wykonawcy biorący udział w postępowaniu.” Asseco poczyniło zastrzeżenie o następującej treści: „Zastrzeżenie Próbkii załączonej do oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa z wyłączeniem obecności innych wykonawców podczas prezentacji, która obejmuje ocenę poprawności standardowych protokołów usług sieciowych na podstawie zadawanych pytań i otrzymanych odpowiedzi”.

Zamawiający wyznaczył termin przeprowadzenia demonstracji próbki Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. na 20 stycznia 2011 r. Zamawiający zażądał opuszczenia przez przedstawicieli Odwołującego pomieszczenia, w którym miała odbyć się demonstracja próbki Asseco, uzasadniając swoją decyzję faktem, że Asseco dokonało zastrzeżenia jawności próbki oraz jej prezentacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający powołał się na dwa pisma, z treści

których wynikało, że Zamawiający zwrócił się do Asseco o wyjaśnienie brzmienia ww. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a w odpowiedzi Asseco dokonał zmiany zawartego w formularzu ofertowym zastrzeżenia w ten sposób, że objęło ono tajemnicą przedsiębiorstwa również ten element oferty, który zgodnie z treścią pierwotnej oferty nie był objęty tą tajemnicą tj. demonstrację próbki. W wyniku tych działań demonstracja próbki Asseco odbyła się z wyłączeniem obecności innych wykonawców, w tym również przedstawicieli Odwołującego.

Odwołujący mógł zapoznać się z treścią ww. pism (z 12 stycznia 2011 r. „Wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty” oraz odpowiedzi z 13 stycznia 2011 r.) w trakcie czynności wglądu w dokumentację postępowania 7 lutego 2011 r. W ocenie Odwołującego, czynności podjęte przez wykonawcę stanowią rażące naruszenie przepisu art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zmiana treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bez wątplenia stanowi istotną zmianę treści oferty. Ponieważ w przypadku Asseco zmiana ta nastąpiła po upływie terminu do złożenia oferty, to w konsekwencji oferta Asseco powinna zostać odrzucona jako złożona po upływie terminu na jej wniesienie, czyli jako oferta niezgodna z ustawą. Jednocześnie działania podjęte przez Zamawiającego można byłoby jedynie oceniać jako oparte o treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale byłyby to działania nieuzasadnione, stanowiące naruszenie ww. przepisu.

Działania Zamawiającego podjęte w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – wezwanie do wyjaśnień w efekcie doprowadziły do zmiany treści oferty przez Asseco. Dodatkowo wskazać należy, że wezwanie do wyjaśnień powinno być stosowane przez Zamawiającego jedynie w celu wyjaśnienia wątpliwych lub niejasnych zapisów i treści oferty, tymczasem w przypadku wezwania z 12 stycznia 2011 r. Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia kwestii jasnej i jednoznacznej w interpretacji. Dokonana zmiana treści oferty nie jest w żaden sposób powiązana z niezgodnością oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz powoduje istotną zmianę jej treści, z tego też względu Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego Asseco, nie później niż w terminie składania ofert mogło skutecznie zastrzec zarówno całą próbkę, jak i próbkę z wyłączeniem prezentacji, z uwagi na to, że samo zastrzeżenie nie było

niezgodne ani ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ani z ustawą Prawo zamówień publicznych. Tym samym brak było zarówno podstaw merytorycznych jak i prawnych uprawniających Zamawiającego do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego intencją Asseco, jak wynika z treści ww. oświadczenia, było zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie samej próbki, a nie procesu jej demonstracji. Asseco mogło dokonać zastrzeżenia poufności również w zakresie demonstracji próbki, jednakże zastrzeżenie to mogło zostać dokonane nie później niż w terminie składania ofert. Dokonane przez Asseco uzupełnienie oświadczenia w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane 13 stycznia 2011 r., czyli po upływie terminu na złożenie ofert, uznać należy za niezgodne z ustawą, a w konsekwencji Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jest stosunek wybranej oferty do wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez Zamawiającego z uwzględnieniem podatku VAT, to jest do kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia. Cena rażąco niska, to cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, czyli cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonywania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Oferta złożona przez ComArch S.A. w wysokości 8.475.424,47 zł brutto przy wartości całego zamówienia, która wynosi 16.437.538,36 zł netto, była ceną rażąco niską. Równie istotna dla uznania ceny za rażąco niską, jest różnica pomiędzy ceną badanej oferty a cenami pozostałych ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców – różnica pomiędzy ceną zaproponowaną przez ComArch S.A. a ceną oferty Odwołującego wynosi aż 5.138.953,53 zł brutto, a ofertą Asseco – 2.421.479,46 zł. Zatem cena ComArch

S.A. w rażąco sposób odstawała od ofert cenowych zaproponowanych przez pozostałych wykonawców.

Zaniechanie Zamawiającego stanowi także naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodrzućenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaproponowanie realizacji usługi poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców.

Zamawiający odstąpił od nałożonego na niego dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązku ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu doszło również do naruszenia czynności Zamawiającego polegającej na ograniczeniu jawności postępowania poprzez utajnienie pełnych wyników testów wygenerowanych podczas demonstracji próbki. Z udostępnionych wykonawcom do wglądu kart indywidualnej oceny ofert sporządzonych przez członków komisji przetargowej nie wynika, na podstawie jakich wyników wygenerowanych podczas prezentacji przyznawano danemu wykonawcy punkty za wykonanie poprawnie danego elementu scenariusza testowego, a jedynie, że dany wykonawca mógł otrzymać określoną ilość punktów za poprawne wykonanie testów. Nie zostało jednak ujawnione ani jaka odpowiedź da wynik, który uznawany będzie za wynik poprawny, jak również nie został ujawniony wygenerowany wynik testu. Wykonawcom odmówiono skopiowania materiałów wygenerowanych podczas prezentacji, jak również nie zostały one udostępnione wykonawcom w terminie późniejszym. W efekcie wykonawcy posiadają jedynie informacje, że dany test przebiegł w ocenie Zamawiającego poprawnie czy nie, nie mogąc jednak w żaden sposób zweryfikować, czy były podstawy do wydania pozytywnej oceny, czy nie.

Podkreślić należy, że wyniki testów nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a dodatkowe materiały wygenerowane podczas prezentacji próbki stanowią wyłącznie wyniki pracy oprogramowania, a nie informacje, w jaki sposób zadanie zostało wykonane. Nie istnieje zatem żadne ryzyko ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, a w konsekwencji brak jest podstaw prawnych do wyłączenia jawności przedmiotowych materiałów. Udostępnienie wyników przeprowadzonych prezentacji ma jedynie na celu

umożliwienia oceny próbek przez pozostałych wykonawców oraz zapewnienie jawności postępowania.

W ocenie Odwołującego doszło również do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu z uwagi na to, że przedstawiciele Asseco mieli większe uprawnienia niż pozostali wykonawcy w zakresie możliwości korzystania ze sprzętu innego niż zdeponowany przez Zamawiającego podczas swojej prezentacji. Przedstawiciele Odwołującego otrzymali dokument zawierający parametry zapytań dla poszczególnych scenariuszy testowych, jednocześnie zostali poproszeni o zamknięcie komputerów osobistych. Równolegle omawiane były sprawy organizacyjne. W załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis cech, sposobu przygotowania oraz oceny Próbkki” zastrzeżono, że celem zapewnienia jednakowych warunków do demonstracji próbki wszystkim wykonawcom podczas przeprowadzania weryfikacji próbki wykonawca może korzystać tylko i wyłącznie ze sprzętu zdeponowanego u Zamawiającego oraz oprogramowania zainstalowanego na tym sprzęcie.

Nierówne traktowanie i niedochowanie procedury określonej w załączniku nr 4 przejawiało się tym, że podczas prezentacji próbki przedstawiciele Asseco mieli włączone komputery osobiste. Już od początku prezentacji Próbkki Asseco do momentu wyproszenia z sali przedstawicieli Odwołującego osoby występujące w imieniu Asseco miały włączone komputery osobiste, z których korzystali, przez co mogli komunikować się z osobami z zewnątrz w zakresie rozwiązania scenariuszy testowych przekazanych przez Zamawiającego.

Zamawiający naruszeniem art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych doprowadził do nieodwracalnego naruszenia zasad jawności postępowania oraz zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, przez co postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podobnie akceptacja Zamawiającego dla działań Asseco wynikających z pisma dnia 13 stycznia 2011 r. jest także nieodwracalnym naruszeniem art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołania.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego do obu spraw zgłosiły Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. oraz w sprawie KIO 312/11 Comarch S.A., dodatkowo, po stronie Odwołującego, do sprawy KIO 303/11 przystąpienie zgłosiła Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach i podczas rozprawy oraz przedłożonych w trakcie rozprawy dokumentów oraz przeprowadzonych dowodów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: żadne z odwołań nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z tym, że, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzuty odnoszące się do przeprowadzenia testów próbek, w tym próbki wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. nie mogą zostać rozpatrzone jako złożone po terminie. Test próbki tych wykonawców odbył się bowiem 20 stycznia 2011 r., tym samym od tego dnia należy liczyć 10 – dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowej oceny przeprowadzonej przez Odwołującego – Comarch S.A. prezentacji w punkcie IV.c. krok iii Izba uznała, że Odwołujący zarzutu tego nie udowodnił.

Cechą charakterystyczną zastosowanego przez Zamawiającego sposobu oceny ofert jest to, że w zakresie kryterium jakościowo – technicznego oceniany był nie tyle ogólnie sam oferowany produkt, ale produkt w zakresie zaprezentowanym Zamawiającemu. Zatem jeśli osoby przeprowadzające prezentację nie wykazały Zamawiającemu w satysfakcjonujący dla niego sposób oczekiwanych cech produktu podczas prezentacji, wykonawca nie otrzymywał wskazanej liczby punktów za wykonanie danego zadania, nawet jeśli proponowane oprogramowanie (aplikacja itp.) ogólnie były w stanie to

zadanie wykonać poprawnie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający przyjął też sposób przeprowadzania prezentacji, w którym komisja przetargowa była jedynie biernym obserwatorem prezentacji i nie wskazywała, czy uznaje zadania za wykonane poprawnie, nie zadawała pytań ani nie prosiła o wyjaśnienia działań wykonawcy itd.

Przedmiotem sporu pomiędzy Stronami było, czy podczas prezentacji operacja Harvest (punkt IV.c. krok iii) została przeprowadzona z użyciem dwóch serwerów katalogowych. Przy tym nie było sporne, że oferowana przez Odwołującego – Comarch S.A. aplikacja jest w stanie wykonać tę operację przy wykorzystaniu jednego serwera katalogowego, gdyż Strony zgodnie przyznały, że sama aplikacja taką funkcjonalność przy odpowiedniej konfiguracji posiada. Podczas rozprawy ustalono także, że wykonanie harvestingu przy wykorzystaniu jednego serwera katalogowego było wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiem Zamawiającego wynikającym ze standardów OpenGIS.

Ze względu na fakt, że udowodnienie twierdzenia Odwołującego wymagało odtworzenia sytuacji zaistniałej podczas rozprawy, Izby zezwoliła na przeprowadzenie dowodu z próbki Odwołującego (złożonych Zamawiającemu dwóch laptopów z oferowanym oprogramowaniem).

Odwołujący jednak nie był w stanie w przekonujący sposób zaprezentować zapisów historii operacji dokonanych na tych laptopach ani odtworzyć przebiegu kroku IV.c.iii. prezentacji, w sposób, który podważyłby stanowisko komisji przetargowej. Co więcej, sposób przeprowadzania dowodów wywołał w Izbie przekonanie, że, pomimo niewątpliwej wiedzy i umiejętności merytorycznych przedstawicieli Odwołującego (według ich słów, tych samych, co podczas prezentacji), których Izba nie neguje, wykazują oni pewne braki w umiejętności autoprezentacji oraz stosowania się do poleceń, które zdają się raczej potwierdzać stanowisko Zamawiającego, że przyczyną uzyskania 0 punktów w punkcie IV.c. było nieprawidłowe zaprezentowanie możliwości oferowanej aplikacji. Poza tym zaprezentowane w stanowisku Odwołującego twierdzenie, że również wykorzystanie przez aplikację dwóch serwerów katalogowych jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego (sprostowane podczas rozprawy) może potwierdzać fakt, że Odwołujący nie

przeanalizował w wystarczającym stopniu przedmiotowego wymagania Zamawiającego i mógł przeprowadzić prezentację w sposób wskazany przez Zamawiającego.

Tym samym Izba uznała, że nie ma podstaw, by podważyć punktację przyznaną przez komisję przetargową.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. Izba stwierdziła, iż wskazane przez Odwołującego – Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. przyczyny nie skutkują odrzuceniem oferty. Izba podziela bowiem argumentację Przystępującego – Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o., że przedmiotowe oświadczenie nie stanowi oferty wykonawcy. Zgodnie bowiem z definicją zawartą w art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, mającą zastosowanie również do ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oferta to oświadczenie (Zamawiającemu) woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy. Oświadczenie, czy podczas prezentacji próbki w celu przyznania jej punktacji w danym kryterium mają być obecni przedstawiciele innych wykonawców, nie jest zaś związane w żaden sposób z oświadczeniem woli zawarcia umowy i jej postanowieniami. Oświadczenie to zostało co prawda złożone wraz z ofertą, gdyż w taki sposób zostały sporządzone wzory pism, jednak nie zmienia to charakteru tego oświadczenia, które równie dobrze mogło zostać złożone w osobnym piśmie.

Również zmiana oświadczenia dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wraz z ofertą albo jej zastrzeżenie po terminie składania ofert nie skutkuje odrzuceniem oferty, lecz, na gruncie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bezskutecznością takiego zastrzeżenia. Podobny skutek wywoływałaby zmiana treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Podobne stanowisko w zakresie braku przesłanek do odrzucenia oferty nawet przy nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, jak słusznie wskazał Przystępujący – Asseco Poland S.A. i ESRI Polska Sp. z o.o. wynika

również z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. III CZP 74/05).

Tym bardziej przesłanką do odrzucenia oferty nie byłoby, jako błędna czynność obciążająca Zamawiającego, nieuprawnione wyłączenie jawności przeprowadzenia prezentacji próbki (która to czynność, wobec złożenia odwołania w tym zakresie po terminie, nie jest rozpatrywana).

Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w przedmiotowej sprawie nie ma zastosowania i również Zamawiający go nie zastosował.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Comarch S.A. ze względu na złożenie oferty z rażąco niską ceną i tym samym dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji, Izba stwierdziła, iż Odwołujący – Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o., nie dowiódł tego zarzutu. Odwołujący ograniczył się jedynie do wskazania różnicy pomiędzy ceną oferty Comarch S.A. a cenami pozostałych ofert oraz wartością zamówienia. Okoliczności te jednak mogą jedynie stanowić przyczynę powzięcia wątpliwości w tym zakresie i początek dowodu, lecz dla udowodnienia tej okoliczności należy wykazać, jak uznał ustawodawca, że cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (przedmiotu oferty, a nie samej wartości szacunkowej zamówienia), czego Odwołujący nawet nie usiłował wykazać – w przeciwieństwie do Zamawiającego i Przystępującego – Comarch S.A., którzy starali się wskazać okoliczności odnoszące cenę do przedmiotu zamówienia.

Na marginesie, wymóg ustawodawcy odniesienia ceny do przedmiotu zamówienia należy uznać za słuszny, biorąc choćby pod uwagę porównanie z ustawodawcą włoskim, który cenę tę odnosił wyłącznie do cen innych ofert, co skutkowało zawieraniem pomiędzy przedsiębiorstwami tajnych uzgodnień co do cen (por. stanowisko Gminy Turyn w sprawie C-147/06 i C-148/06 SECAP, jak również wcześniejszą sprawę 103/88 Constanzo).

Przy tym należy wskazać, że, zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (i art. 6 kodeksu cywilnego), to strona, która z danych faktów wywodzi skutki prawne, jest zobowiązana do ich dowiedzenia, zatem, wbrew swemu twierdzeniu, to Odwołujący powinien udowodnić, że oferta podlega odrzuceniu ze względu na wskazane przez niego wady.

Izba nie stwierdziła również przesłanek unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Po pierwsze bowiem należy przychylić się do stanowiska Zamawiającego, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakazują mu nagrywania przebiegu oceny ofert, w tym prezentacji próbek. Ze swojej strony Zamawiający mógł to uznać za zbędne, jednak brak było przeszkód, by wykonawcy przed złożeniem ofert (na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wystąpili do Zamawiającego z wnioskiem o takie nagrywanie, tym bardziej, że kwestię przebiegu prezentacji podnosili – w zakresie utajnienia jej przed konkurentami.

Po drugie zaś, Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik nr 4) przewidział jawność poszczególnych prezentacji dla konkurujących wykonawców, co wzbudziło ich protesty, w tym spowodowało wniesienie odwołania przez Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o., poza tym sami wykonawcy zastrzegli przeprowadzenie prezentacji bez udziału konkurentów. Tym samym zarzucanie Zamawiającemu po wyborze najkorzystniejszej oferty, iż nie przeprowadził on tej prezentacji w sposób jawny, należy uznać za złożone w złej wierze i nie zasługujące na ochronę.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba takich naruszeń nie stwierdziła, orzekła zatem jak w sentencji oddalając oba odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....