

POSTANOWIENIE
z dnia 2 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **2 czerwca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2015 r.

przez wykonawców: **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach i COIG S.A. z siedzibą w Katowicach wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa, wdrożenie i utrzymanie Jednolitego Systemu Podatkowego (nr postępowania ZP/GP/271/III-210/14)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa**

przy udziale wykonawców:

- A. Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. MGA sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu i C4PL sp. z o.o. siedzibą w Markach wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach i COIG S.A. z siedzibą w Katowicach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Dostawa, wdrożenie i utrzymanie Jednolitego Systemu Podatkowego* (nr postępowania ZP/GP/271/III-210/14). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S_249-442389 z 27 grudnia 2014 r. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

15 maja 2015 r. Odwołujący – WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach i COIG S.A. z siedzibą w Katowicach wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Wasko”} – wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności i zaniechań Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {ewentualnie w zw. z przepisami nw. aktów pranych}:

1. Art 8 ust 1-3 oraz 96 ust 3 – przez niezasadne przyjęcie, że dokument zastrzeżony przez MGA sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu i C4PL sp. z o.o. z siedzibą w Markach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum MGA”} stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym nie został on udostępniony do wglądu Odwołującemu (kwestionowana jest zasadność zastrzeżenia dokumentu złożonego na formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”}.
2. Art 24 ust 2 pkt 3 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum MGA, pomimo że złożyło nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
3. Art 91 ust 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum MGA, pomimo że zgodnie z kryteriami oceny ofert ustalonymi w SIWZ oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.
4. Art. 7 ust. 1 – w związku z powyższymi naruszeniami. {w odwołaniu zarzut nienumerowany}

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Umożliwienia Odwołującemu wglądu do niezasadnie zastrzeżonej części oferty Konsorcjum MGA (odtajnienia tej części oferty Konsorcjum MGA).

3. Dokonania powtórnej oceny ofert.
4. Wykluczenia z postępowania Konsorcjum MGA.
5. *Ewentualnie, w razie gdyby zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Izba nie uwzględniła – przyznanie ofercie Konsorcjum MGA tylko takiej ilości punktów, jaka jest uzasadniona z uwagi na zaoferowane przez tego wykonawcę rozwiązanie bazowe.*
6. Wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania w następujący sposób.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odwołujący przytoczył brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy pzp, a także definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego dokument pn. *Wymagania funkcjonalne i pozafunkcjonalne* nie zawiera żadnych informacji, które można uznać za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wzór tego dokumentu został przygotowany przez Zamawiającego i stanowił załącznik nr 4 do OPZ. Cała praca wykonawcy, który wypełniał ten dokument, ograniczała się wyłącznie do wpisania słowa „tak” w odpowiednich miejscach przygotowanego formularza. Wypełnienie formularza nie wymagało żadnego wkładu twórczego od wykonawców. Dokument ten nie stanowi również żadnej koncepcji realizacji zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że Konsorcjum MGA udostępnia publicznie informacje o produkcie, który został zaoferowany.

Odwołujący stwierdził na tej podstawie, że żadna z przesłanek uznania danej informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest spełniona w stosunku do dokumentu zastrzeżonego przez Konsorcjum MGA. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że uznając skuteczność zastrzeżenia, naruszył zasadę jawności postępowania, a tym samym przepisy ustawy pzp wskazane w części wstępnej odwołania. W ocenie Odwołującego dokonane przez Konsorcjum MGA zastrzeżenie nie służy ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale stanowi celowe utrudnianie Odwołującemu możliwości zapoznania się z treścią tego dokumentu i weryfikacji, czy ocena dokonana przez Zamawiającego jest prawidłowa.

{ad pkt 2 i 3 listy zarzutów}

Zarzut nieprawidłowej oceny oferty Konsorcjum MGA w kryterium „Funkcjonalność rozwiązania bazowego”

Odwołujący zaznaczył, że wobec braku dostępu do załącznika z deklarowanymi wymaganiami spełnianymi rzekomo przez rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum MGA,

uzasadnienie odwołania opiera się na założeniach przyjmowanych przez Odwołującego, opartych na powszechnie dostępnych informacjach o systemie MGA v3.

Odwołujący podkreślił również, że prezentacja „Prototypu” nie weryfikowała funkcjonalności posiadanych przez oprogramowanie zaoferowane jako bazowe. W formularzu przygotowanym wg wzoru załącznika nr 4 do OPZ znajdowały się deklarowane wymagania (rzekomo spełnione), a niezrewidowana punktacja tego załącznika w sposób decydujący wpłynęła na wynik postępowania.

Odwołujący podał, że Konsorcjum MGA oświadczyło w złożonej ofercie, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany w oparciu o rozwiązanie bazowe o nazwie MGA v3, którego producentem jest MGA sp. z o.o. (oświadczenie znajdujące się na dole strony drugiej strony oferty).

Odwołujący wskazał, że system MGA v3 jest standardowo oferowany na rynku, a zakres funkcjonalny tego systemu oraz jego dokumentacja są powszechnie dostępne – na stronie internetowej (<https://www.mgav3.pl>), gdzie udostępniono również dokumentację użytkownika (<https://www.mgav3.pl/instrukcje/html/>).

Po analizie specyfikacji systemu MGA v3 Odwołujący stwierdził, że produkt ten nie jest produktem specjalizowanym, który spełnia w wersji bazowej postawione przez Zamawiającego wymagania w tak wysokim stopniu, jak wynika to z oceny oferty. Odwołujący dodał, że Konsorcjum MGA nie specjalizuje się w dostarczaniu systemów podatkowych.

Odwołujący zwrócił uwagę na wymagania Zamawiającego w obszarach dotyczących obsługi wymiaru podatków rolnego, leśnego, od środków transportowych, obsługi egzekucji w administracji, zarządzania procesami, sprawami oraz dokumentami oraz związane z nimi funkcjonalności wymagane w SIWZ, które nie były weryfikowane podczas prezentacji prototypu. Według Odwołującego ocena oferty złożonej przez Konsorcjum MGA w kryterium „Funkcjonalność rozwiązania bazowego”, wskazuje, że liczba funkcjonalności dostępnych w rozwiązaniu bazowym, których istnienie zadeklarowało Konsorcjum MGA to 342 z 373. Co z kolei świadczy o tym, że Konsorcjum MGA zadeklarowało istnienie w wersji bazowej funkcjonalności związanych z wymiarem podatków rolnego, leśnego, od środków transportowych, obsługi egzekucji w administracji, zarządzania procesami, sprawami oraz dokumentami.

Odwołujący opisał, że MGA v3 jest systemem zintegrowanym zbudowanym z modułów realizujących powiązane merytorycznie funkcjonalności, takie jak: rozrachunki, kadry i płace, księga główna. Według Odwołującego ze względu na specyfikę obsługi podatku rolnego, leśnego, od środków transportowych, egzekucji w administracji, zarządzania procesami, sprawami oraz dokumentami do takiej obsługi powinny być dedykowane moduły w systemie lub przynajmniej opisy funkcjonalne. Poszczególne podatki

tj. rolny, leśny oraz od środków transportowych w zakresie przedmiotu opodatkowania są odmienne i muszą być w inny sposób obsługiwane, powinny funkcjonować w systemie odrębne rejestry dla tych podatków. Ze względu na swoją specyfikę obsługi powinny one być odpowiednio opisane w dokumentacji użytkownika. Taki opis jest umieszczony na przywołanej stronie w przypadku obsługi gospodarki komunalnej gminy w zakresie opłat za gospodarowanie odpadami. Natomiast w zakresie kwestionowanym nie ma żadnej wzmianki *ofertowej* oraz nie ma żadnych odniesień w dokumentacji użytkownika dostępnych publicznie na ww. stronach internetowych.

Odwołujący na tej podstawie wywiódł, że rozwiązanie bazowe zaoferowane przez Konsorcjum MGA nie posiada na chwilę obecną możliwości obsługi ww. podatków, przez co nie jest możliwe, aby rozwiązanie to mogło uzyskać aż tak wysoką ocenę w trzecim kryterium oceny ofert. Odwołujący stwierdził, że przy wypełnianiu załącznika nr 4 do OPZ Konsorcjum MGA podało szereg nieprawdziwych informacji o rozwiązaniu bazowym, które doprowadziły do wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący dodał, że do odwołania załączył dokument opracowany przez siebie, na podstawie załącznika numer 4 do OPZ i w oparciu o dostępną powszechnie dokumentację systemu MGA v3, z której wynika jakie moduły są dostępne w tym systemie i jakie wymagania określone w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego system MGA v3 spełnia w wersji bazowej. *Zgodnie z przedstawionym dokumentem ilość spełnianych wymagań to 274 zatem realna ocena oferowanego przez Wykonawcę Konsorcjum MGA w zakresie kryterium trzeciego powinna wynosić 15,9302. W związku z powyższym, gdyby oferta Wykonawcy Konsorcjum MGA została dokonana przy uwzględnieniu tylko tych wymagań, które istotnie są spełnione przez rozwiązanie bazowe, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.*

Odwołujący stwierdził ponadto, że ponieważ informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została mu przekazana 6 maja 2015 r., wniesienie odwołania 15 maja 2015 r. zostało dokonane z zachowaniem przepisanej terminu.

Do Prezesa Izby wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie od następujących wykonawców:

- Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie – po stronie Odwołującego;
- MGA sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu i C4PL sp. z o.o. z siedzibą w Markach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – po stronie Zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

2 czerwca 2015 r. na posiedzeniu Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, jako złożonego po upływie terminu określonego w ustawie pzp.

W złożonej wraz z wnioskiem pisemnej odpowiedzi na odwołanie w pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, że termin na podniesienie zarzutu z pkt 1 listy zarzutów odwołania należało liczyć od 20 marca 2015 r., kiedy Odwołujący potwierdził otrzymanie kopii dokumentacji postępowania bez informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Zamawiającego już w tej dacie Odwołujący wiedział, że Zamawiający nie odtajnił złożonych w ofertach dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający dodał, że w okresie od 20 marca 2015 r. do dnia złożenia odwołania Odwołujący nie podjął żadnej aktywności w zakresie odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach konkurentów. Zdaniem Zamawiającego podjęcie przez Odwołującego działań zmierzających do ochrony przysługujących mu praw powinno być niezależne od aktywności informacyjnej Zamawiającego.

Zamawiający zwrócił również uwagę na okoliczność, że Odwołujący dokonał odtajnienia treści załącznika nr 4 w swojej ofercie z własnej inicjatywy na dzień przed wniesieniem odwołania.

W drugiej kolejności Zamawiający podniósł okoliczności, które jego zdaniem wskazują na uchybienie terminu na podniesienie zarzutu z pkt 2. listy zarzutów.

Zamawiający wskazał, że z treści pkt 24 SIWZ wynika, że ocena złożonych w postępowaniu ofert miała przebiegać w dwóch etapach.

Etap pierwszy obejmował ocenę kompletności oferty oraz spełniania wymagań formalnych, z uwzględnieniem wykonania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawców:

- do złożenia wyjaśnień i dostarczenia wymaganych oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp,
- do wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp,
- do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający dodał, że etap pierwszy obejmował również czynności następcze po wypełnieniu procedury uzupełniania dokumentów i składania przez wykonawców wyjaśnień, polegające na wykluczeniu wykonawców w przypadku braku wykazania

spełnienia warunków udziału w postępowaniu (na podstawie art. 24 i art. 24b ustawy pzp) oraz odrzucenia ofert w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 89 i art. 90 ust. 1 i 2 ustawy pzp. Tym samym według Zamawiającego w ramach pierwszego etapu dokonywał oceny nie tylko spełnienia wymogów podmiotowych, ale również oceny złożonych przez nich ofert.

Zamawiający zrelacjonował, że zgodnie z pkt 24 SIWZ w ramach drugiego etapu ocenie podlegały (...) *wyłącznie oferty nie podlegające odrzuceniu, złożone przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu.*

W świetle powyższego w ocenie Zamawiającego zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum MGA z powodu złożenia przez nie nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania, uznać należy za spóźniony, zgłoszony z przekroczeniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Według Zamawiającego z postanowień SIWZ jednoznacznie wynika, że czynność badania tej okoliczności była dokonywana w ramach pierwszego etapu oceny ofert, a informację o braku odrzucenia ofert i wykluczeniu wykonawców Odwołujący otrzymał w piśmie z 27 marca 2015 r. wraz z zaproszeniem do prezentacji prototypów. Biorąc pod uwagę treść opisu etapu II w pkt 24.2 SIWZ, wraz z otrzymaniem tego pisma Odwołujący miał wiedzę o pozytywnym rozpatrzeniu przez Zamawiającego ofert. Z tej przyczyny termin do złożenia odwołania w tym zakresie upłynął 7 kwietnia 2015 r.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących Zamawiający objął również swoim wnioskiem zarzut z pkt 3 listy zarzutów odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zajął również stanowisko, że w żadnym fragmencie odwołania nie zarzucono mu, że weryfikując złożone w postępowaniu dokumenty opatrzone klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonał ich błędnej oceny oraz wyciągnął z nich błędne wnioski, co w wymierny sposób mogłoby się przełożyć na ocenę ofert.

Na podstawie treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, Izba ustaliła i zważyła , co następuje:

Izba ustaliła, co następuje:

W części V s.i.w.z. Zamawiający uregulował tryb oceny ofert i zasady wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie pkt 24.2 oferty miały być oceniane w 2 etapach: I etap – ocena w zakresie wymagań formalnych i kompletności oferty, II etap – ocena według kryteriów oceny ofert.

W ramach I etapu oferty ocenionej jako niespełniającej wymagań określonych ustawą pzp i s.i.w.z., po wyczerpaniu przez Zamawiającego możliwości wskazanych w art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1-2 oraz art. 90 ust. 1-2 pzp, miały zostać odrzucone, również w przypadku ujawnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy składającego ofertę.

W etapie II miały być rozpatrywane oferty niepodlegające odrzuceniu, złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

W pkt 25 Zamawiający przyjął kryteria o następującej wadze: 1. cena brutto – 70%, 2. ocena prototypu – 10 %, 3. Funkcjonalność rozwiązania bazowego – 20%.

Z pkt 26.3 wynika, że ocena oferty w kryterium funkcjonalność rozwiązania bazowego jest oparta na danych wynikających z załącznika nr 4 do OPZ, zawierającego listę docelowych wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych JSP, którego wypełnienie przez wykonawcę (zgodnie z wytycznymi zamieszczonymi w arkuszu instrukcji) określi liczbę posiadanych w rozwiązaniu bazowym funkcjonalności, co da danej ofercie określony wynik. Podane przez wykonawców wyniki będą z kolei podstawą do wyliczenia oceny wg wzoru zestawiającego wynik ocenianej funkcjonalności bazowej z najlepszym wynikiem funkcjonalności rozwiązania bazowego.

Formularz załącznika nr 4 do opisu przedmiotu zamówienia zawiera instrukcję wypełnienia, zgodnie z którą należało uzupełnić formularze dotyczące wymagań wpisując „TAK” w odpowiednie pole, w zależności od tego, czy system zapewnia taką funkcjonalność w rozwiązaniu bazowym, czy też pojawi się ona w rozwiązaniu docelowym. Wskazano również, że prawidłowe wypełnienie formularzy spowoduje wyliczenie odpowiedniego wyniku dla oferowanego rozwiązania bazowego w arkuszu wynik, który będzie podstawą do oceny oferty w kategorii funkcjonalność rozwiązania bazowego. Zastrzeżono, że niezaznaczenie którejkolwiek z możliwości będzie traktowanej na równi z zadeklarowaniem niespełnienia danego wymagania. Ponadto, że w kolumnie dotyczącej zapewnienia wymagań w systemie docelowym pole musi być wypełnione słowem „TAK” {które we wzorze formularza zostało już *de facto* wydrukowane}, a inne wypełnienie będzie oznaczało, że docelowy system nie będzie spełniał wymagań Zamawiającego i spowoduje to odrzucenie oferty.

W druku formularza oferty wymagano wskazania nazwy i producenta rozwiązania bazowego i złożenia oświadczenia, że posiada funkcjonalności zadeklarowane przez wykonawcę w arkuszach załącznika 4 do OPZ.

Łączna liczba spełnianych wymagań nie była odczytywana podczas publicznego otwarcia ofert, które odbyło się 4 marca 2015 r. { pkt 30.3 s.i.w.z. i pkt 9 protokołu postępowania.}

W pkt 2 formularza oferty Konsorcjum MGA oświadczyło, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany w oparciu o rozwiązanie bazowe o nazwie MGA v3 producenta MGA sp. z o.o., które posiada funkcjonalności zadeklarowane w arkuszach załącznika 4 do OPZ.

W części jawnej oferty Konsorcjum MGA znajduje się również dokument pn. *Oświadczenie o nieujawnianiu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, w którym wskazano m.in. załącznik nr 4 do OPZ jako zawierający informacje stanowiące przedsiębiorstwa MGA sp. z o.o. w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które nie mogą być udostępniane, w szczególności innym uczestnikom postępowania. Ponadto dokument w pkt 6 zawiera uzasadnienie zastrzeżenia załącznika nr 4 do OPZ jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z 5 marca 2015 r. przesłanym elektronicznie Konsorcjum Wasko zwróciło się do Zamawiającego o udostępnienie do wglądu ofert złożonych w postępowaniu i wyrażenie zgody na skopiowanie za pomocą cyfrowego aparatu fotograficznego informacji w nich zawartych.

19 marca 2015 r. Zamawiający drogą elektroniczną odpowiedział, że zaprasza do swojej siedziby, informując jednocześnie, że istnieje również możliwość zgrania skanów ofert na pendrive.

20 marca 2015 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum Wasko skany ofert, w tym oferty Konsorcjum MGA bez informacji zastrzeżonych przez nie jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności bez wypełnionego załącznika nr 4 do OPZ {okoliczności bezsporne}.

Pismem z 26 marca 2015 r., które zostało przesłane drogą elektroniczną 27 marca 2015 r., Zamawiający wezwał Konsorcjum Wasko do przeprowadzenia prezentacji prototypu.

Treść pisma obejmowała również harmonogram terminów prezentacji dla poszczególnych wykonawców. Wymieniono w nim wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę jako objętych prezentacją prototypów.

Pismem z 4 maja 2015 r., które zostało przesłane drogą elektroniczną 6 maja 2015 r., Zamawiający zawiadomił Konsorcjum Wasko o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum MGA. Pismo obejmowało również streszczenie oceny i porównania złożonych ofert, polegającym na podaniu punktacji przyznanej w poszczególnych kryteriach oraz łącznej punktacji.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu.

Art. 189 ust. 2 ustawy pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie, na mocy art. 189 ust. 4 pzp, Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu.

Izba stwierdziła, że w tej sprawie wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie pzp.

Według art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 pzp – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

Z kolei zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Po pierwsze, Izba stwierdziła, że zarzut z pkt 1 listy zarzutów odwołania, dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1-3 i art. 96 ust. 1 pzp, został podniesiony z przekroczeniem 10-dniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp.

Z art. 96 ust. 3 pzp wynika, że protokół postępowania o udzielenie zamówienia wraz z załącznikami jest jawny, przy czym oferty jako takie załączniki udostępnia się od chwili ich otwarcia, a pozostałe załączniki – po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania. Z kolei według art. 8 ust. 3 pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie ma obowiązku informowania, czy i jaki zakres informacji zawartych w ofertach został zastrzeżony przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ustawa pzp nie reguluje również trybu, w jakim zamawiający

ma przeprowadzić badanie skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców informacji zawartych w ofertach jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności ustawa pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku informowania w jakiś szczególny i odrębny sposób o wyniku takiego badania, który nie mieści się również w zakresie obligatoryjnych informacji przekazywanych w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 92 ust. 1 i 2 pzp). Wobec tego zamawiający może dać temu wyraz w każdy sposób, który wystarczająco ujawnia jego wolę w tym zakresie, w okresie od otwarcia ofert aż do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skoro ustawa nie nakłada odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa na zamawiającego żadnych obowiązków informacyjnych, aby wykonawca mógł skutecznie zakwestionować odmowę udostępnienia mu informacji, które według niego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, może i powinien niezwłocznie po otwarciu ofert wykazać w tym kierunku aktywność. Wykonawca poczynawszy od otwarcia ofert może zatem powziąć wiedzę, czy oferty konkurentów zawierają informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, których zamawiający odmawia udostępnienia. Ponieważ zasadą jest, że oferty są jawne po ich otwarciu, od tej chwili przy dołożeniu należytej staranności wykonawca może dowiedzieć się zarówno o zastrzeżeniu przez konkurentów pewnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i o tym, czy w związku z tym zamawiający odmawia ich udostępnienia.

Izba zważyła, że Odwołujący następnego dnia po otwarciu ofert wnosił o udostępnienie mu całości oferty Konsorcjum MGA, a Zamawiający załatwił ten wniosek w ten sposób, że 20 marca 2015 r. udostępnił Odwołującemu ofertę Konsorcjum MGA, ale bez dokumentów zastrzeżonych przez nie jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym bez wypełnionego załącznika nr 4 do OPZ. Odwołujący z tą chwilą powziął zatem wiedzę o tym, że Zamawiający odmawia udostępnienia załącznika nr 4 do OPZ z oferty Konsorcjum MGA. Zachowanie Zamawiającego w wystarczający sposób ujawniało wolę utrzymania w mocy poczynionego przez Konsorcjum MGA zastrzeżenia, zwłaszcza że od chwili złożenia wniosku do udzielenia odpowiedzi przez Zamawiającego upłynęły dwa tygodnie, co umożliwiło Zamawiającemu zweryfikowanie zastrzeżenia dokonanego przez Konsorcjum MGA.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że według aktualnie obowiązującego brzmienia art. 8 ust. 3 pzp wykonawca wraz z dokonaniem zastrzeżenia ma dodatkowo obowiązek wykazać jego zasadność. Dzięki temu zamawiający dysponuje od razu możliwością zweryfikowania zasadności poczynionego zastrzeżenia. W orzecznictwie Izby ukształtowało się wręcz stanowisko, że zamawiający powinien ocenić zasadność dokonanego zastrzeżenia wyłącznie przez pryzmat podanego wraz z nim uzasadnienia, w szczególności bez zwracania się do wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia w tej kwestii

{zob. uzasadnienia wyroków Izby z: 26 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 306/15), 2 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 279/15) i również z 2 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 291/15)}.

Istotna jest również okoliczność, że sposób załatwienia wniosku nie budził żadnych zastrzeżeń Odwołującego, który aż do 15 maja 2015 r. nie czynił już żadnych starań, aby uzyskać dostęp do części oferty Konsorcjum MGA, do której Zamawiający odmówił mu dostępu. Oznacza to, że Odwołujący przyjął do wiadomości i zaakceptował, że oferta Konsorcjum MGA zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, które nie podlegają udostępnieniu na mocy art. 8 ust. 3 pzp. Z kolei Zamawiający po 20 marca 2015 r. nie podejmował żadnych czynności dotyczących weryfikacji dokonanego przez Konsorcjum MGA zastrzeżenia załącznika nr 4 do OPZ jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W powyższych okolicznościach Odwołujący błędnie liczy początek biegu terminu na wniesienie odwołania w zakresie pierwszego zarzutu od chwili otrzymania zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, wyłącznie z tego powodu, że jest czynnością kończącą postępowanie o udzielenie zamówienia.

Odwołujący nie uwzględnia również specyfiki tego postępowania, przeprowadzonego zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. w formule dwuetapowej, w której pierwszy etap obejmował badanie ofert pod kątem zaistnienia przesłanek zarówno wykluczenia wykonawcy z postępowania, jaki i odrzucenia oferty, a drugi – wyłącznie ocenę niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Zamawiający zawiadomił Odwołującego 27 marca 2015 r. o zakończeniu pierwszego etapu, w szczególności podał listę wykonawców zakwalifikowanych do drugiego etapu. Nawet zatem przy stanowisku Odwołującego, że nieudostępnienie przez Zamawiającego w całości oferty Konsorcjum MGA nie miało definitywnego charakteru, w tym postępowaniu zakończenie pierwszego etapu oznaczało zakończenie przez Zamawiającego badania ofert.

Pozostałe zarzuty odwołania należy uznać również za podniesione po upływie 10-dniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, gdyż z zawiadomienia o zakończeniu pierwszego etapu postępowania wynikało, że Zamawiający nie wykluczył z postępowania Konsorcjum MGA za złożenie w ofercie (wypełnionym załączniku nr 4 do OPZ) nieprawdziwych informacji.

Nie ma znaczenia, że Odwołujący dopiero na podstawie zawiadomienia o wyniku postępowania stwierdził, że Konsorcjum MGA przy wypełnianiu załącznika nr 4 do OPZ podało nieprawdziwe informacje. Gdyby Odwołujący w odpowiednim terminie wniósł odwołanie na odmowę udostępnienia przez Zamawiającego całości oferty Konsorcjum MGA, mógłby to ustalić przed zakończeniem pierwszego etapu postępowania, a w konsekwencji

zachować również termin do zaskarżenia zaniechania wykluczenia Konsorcjum MGA z powodu złożenia w ofercie nieprawdziwych informacji. Zrekonstruowanie przez Odwołującego liczby funkcjonalności spełnianych przez rozwiązanie bazowe wskazanych przez Konsorcjum MGA w ofercie na podstawie treści zawiadomienia o zakończeniu drugiego etapu, nie zmienia tego, że w uwarunkowaniach tego postępowania wiedzę o tym, jakie informacje Konsorcjum MGA podało o rozwiązaniu bazowym, a tym samym o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, Odwołujący mógł uzyskać znacznie wcześniej, gdyby dołożył należytej staranności.

Przez pozostałe zarzuty odwołania Izba rozumie pkt 2 i 3 listy zarzutów, dla których przedstawiono wspólne uzasadnienie. Właśnie ze względu na tożsamość okoliczności faktycznych i prawnych podanych dla uzasadnienia wniesienia odwołania w tym zakresie, należy uznać je za jeden zarzut. O odrębności zarzutu decydują bowiem konstytuujące go okoliczności faktyczne i prawne, wskazujące na zachowanie się prowadzącego postępowanie w sposób niezgodny z przepisami pzp, a nie liczba przepisów czy żądań wyliczonych i zgłoszonych związku z tym w odwołaniu.

W ocenie Izby zarzut z pkt 3 listy zarzutów ma zatem charakter niesamoistny. Wbrew temu, co zasugerowano w odpowiadającym mu żądaniu z pkt 5 listy żądań, nie mógłby być rozstrzygnięty odmiennie niż zarzut z pkt 2 listy zarzutów. Zarówno wykluczenie Konsorcjum MGA, jak i zawyżenie punktacji jego oferty jest wywodzone w uzasadnieniu odwołania z podania nieprawdy w załączniku nr 4 do OPZ odnośnie liczby funkcjonalności spełnianych przez rozwiązanie bazowe. Odwołujący, pomimo wskazania na art. 91 ust. 1 pzp, nie zarzuca przecież, że przyznana przez Zamawiającego liczba punktów nie odpowiada treści wypełnionego przez Konsorcjum MGA załącznika, a tym samym nie zarzuca, że ocena została dokonana niezgodnie ze sposobem oceny opisanym dla tego kryterium w s.i.w.z.

Natomiast Odwołujący domaga się przyznania liczby punktów wbrew treści załącznika zawartego w ofercie i opisanego w s.i.w.z. dla kryterium sposobu oceny, gdyż według niego Konsorcjum MGA podało w załączniku nieprawdziwe informacje, czyli w niektórych miejscach wpisało „tak”, choć zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy powinno być „nie”. W ramach opisanego w s.i.w.z. sposobu oceny w kryterium funkcjonalności rozwiązania bazowego nie mieści się jednak ocena na podstawie alternatywnej treści załącznika, przygotowanej przez kogoś innego niż wykonawca, który złożył ofertę. Natomiast okoliczność podania nieprawdziwych informacji w załączniku będącym podstawą przyznania punktacji objęta jest hipotezą art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Należy zauważyć, że alternatywnie zgłoszone w odwołaniu żądanie zakłada zaistnienie sytuacji, w której informacje zawarte przez Konsorcjum MGA w załączniku nr 4

do OPZ okazałyby się nieprawdziwe, ale z jakiś {niesprecyzowanych jednak w odwołaniu} powodów nie mogłoby to być podstawą do wykluczenia Konsorcjum MGA z postępowania. Z odwołania nie wynika jednak, w jaki sposób taka sytuacja mogłaby zaistnieć. Aby była możliwa ocena w sposób żądany przez Odwołującego, konieczne byłoby przecież wprawdzie doprowadzenie treści załącznika zawartego w ofercie Konsorcjum MGA do wersji zgodnej z rzeczywistym stanem rzeczy, czyli prawdziwej. Odwołujący nie wskazuje w odwołaniu, które nie zawiera również alternatywnego zarzutu, że Zamawiający nie dokonał takiego poprawienia treści oferty MGA albo że takie poprawienie jest niemożliwe i ofertę należy odrzucić. Jest tu ewidentny przeskok pomiędzy zarzutem a żądaniem, gdyż żądanie, aby ocenić ofertę Konsorcjum MGA wbrew jej treści, która jest podstawą przyznania punktacji według ustalonego dla kryterium w s.i.w.z. sposobu oceny nie nawiązuje do zawartych w odwołaniu zarzutów.

W istocie zgłoszenie alternatywnego żądania, niepowiązanego z podanymi w odwołaniu okolicznościami kształtującymi zarzut, służy zamaskowaniu faktu, że taki ewentualny alternatywny zarzut musiałby dotyczyć zaniechania przez Zamawiającego czynności przewidzianej i możliwej do dokonania na pierwszym etapie postępowania, a zatem byłby zarzutem również podniesionym po terminie.

Samo wskazanie w odwołaniu na naruszenie art. 7 ust. 1 pzp, bez podania jakichkolwiek okoliczności odrębnych w stosunku do wypunktowanych powyżej zarzutów, nie tworzy odrębnego zarzutu.

Wobec stwierdzenia zajścia przesłanki odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Z tego względu, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępujących do tego postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis od odwołania.

Przewodniczący: