

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 sierpnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2011 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SYGNITY Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 180 (pełnomocnik wykonawców), (2) KPG Spółka Akcyjna, 31-323 Kraków, ul. Opolska 100, (3) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne Compass Spółka Akcyjna, 30-133 Kraków, ul. J. Lea 114**

od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **ENION Spółka Akcyjna, 30-390 Kraków, ul. Zawila 65L**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) ComArch Spółka Akcyjna, 31-864 Kraków, Aleja Jana Pawła II 39A (pełnomocnik wykonawców), (2) Apator Rector spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 65-022 Zielona Góra, ul. Sulechowska 1, (3) Tukaj Mapping Central Europe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 30-408 Kraków, ul. Odrzańska 7, (4) Eurosystem Spółka Akcyjna, 41-506 Chorzów, ul. Armii Krajowej 9A**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Qumak-Sekom Spółka Akcyjna, 00-807 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 94 (pełnomocnik wykonawców), (2) SHH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 50-214 Wrocław, ul. Kaszubska 6**

- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Asseco Poland Spółka Akcyjna, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 (pełnomocnik wykonawców), (2) Proximus Spółka Akcyjna, 40-568 Katowice, ul. Ligocka 103, (3) MGGP Spółka Akcyjna, 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6, (4) Intergraph Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 52

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty – w zakresie żądania potwierdzenia faktu wdrożenia systemu SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial przez złożenie dokumentów pochodzących od przedsiębiorstw sieciowych, w których został wdrożony ten system, lub przez podanie nazwisk osób mogących potwierdzić fakt takiego wdrożenia zatrudnionych w tych przedsiębiorstwach oraz w zakresie pouczenia, iż w przypadku braku uczynienia zadość temu żądaniu, a także żądaniu wskazania przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, w których został wdrożony taki system, zamawiający stwierdzi niezgodność oferty Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i dokona odrzucenia tej oferty.
2. Kosztami postępowania obciąża **ENION Spółkę Akcyjną z siedzibą w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SYGNITY Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, (2) KPG Spółkę Akcyjną z siedzibą w Krakowie, (3) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne Compass Spółkę Akcyjną z siedzibą w Krakowie** – tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **ENION Spółki Akcyjnej** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SYGNITY Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, (2) KPG Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie, (3) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne Compass Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie** kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych

zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – ENION Spółka Akcyjna – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” „pzp”, lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na *dostawę i wdrożenie systemu informatycznego do Zarządzania Majątkiem Sieciowym w spółkach ENION S.A. i EnergiaPro S.A. oraz świadczenie usług serwisu systemu* (Nr postępowania ENION/DL/2/2010/U).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE nr 2010/S_132-203293 z 10 lipca 2011 r., z tym że 9 lipca 2011 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.enion.pl).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 137.000.000,00 zł, co stanowi równowartość 35.685.376,66 euro.

22 lipca 2011 r. Odwołujący – konsorcjum wykonawców: (1) SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie, (2) KPG S.A. z siedzibą w Krakowie, (3) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne Compass S.A. z siedzibą w Krakowie – otrzymał przesłane drogą elektroniczną pismo, datowane na 21 lipca 2011 r. (znak pisma: ZV/PL/KB/2117/w/2011), w którym Zamawiający, wskazując, iż działa *stosownie do art. 87 ust. 1* ustawy pzp, wezwał go do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

1. *Prosimy o udzielenie wyjaśnień odnośnie spełnienia przez Państwa ofertę zapisów Załącznika 1 (Opis Przedmiotu Zamówienia), zawartych w rozdz. 3.2.2.1 (System w wersji standardowej). W szczególności prosimy o przedstawienie Zamawiającemu listy przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, u których został wdrożony zaferowany przez Państwa System (co najmniej aplikacja wraz z platformą GIS), czyli SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial.*
2. *Prosimy o potwierdzenie faktu wdrożenia ww. Systemu dokumentami od klientów, u których System został wdrożony.*

27 lipca 2011 r. (pismem z tej daty) w określonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący udzielił wyjaśnień, w ostatnim akapicie oświadczając, że *niniejsze wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4* ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 ze zm.) i w związku z powyższym Wykonawca wnosi o nie ujawnianie ww. informacji.

29 lipca 2011 r. Odwołujący otrzymał przesłane drogą elektroniczną pismo, datowane na 28 lipca 2011 r. (znak pisma: ZV/PL/KB/2156/2011), w którym Zamawiający, wskazując, iż działa stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy pzp, wezwał go do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

1. *Przedstawienia listy przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, u których został wdrożony system zaoferowany przez Państwa w niniejszym postępowaniu, czyli SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial.*
2. *Podania nazwisk osób zatrudnionych w przedsiębiorstwach wyszczególnionych w ramach ww. listy, mogących potwierdzić fakt wdrożenia w tych przedsiębiorstwach, systemu SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial.*

W uzasadnieniu ponowionego wezwania Zamawiający wskazał, co następuje:

W przesłanych w dniu 27.07.2011 r. wyjaśnieniach Wykonawca potwierdził, iż system SONET jest rozwiązaniem gotowym w rozumieniu określonym przez Zamawiającego w pkt. 3.2.2.1 Załącznika nr 1 do SIWZ.

W wyniku przeprowadzonej analizy dokumentów złożonych w ramach postępowania, tj.

- *wykazu wykonanych przez Oferenta usług, zawartego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,*
- *oferty wstępnej, w której w ramach opisu ogólnej koncepcji budowy i architektury systemu, Oferent napisał, że „dla docelowej implementacji wspomagania dyspozycji i procesów analitycznych proponuje się zastosowanie serwera i modelu CIM (Oracle bez opcji Spatial),*
- *oferty ostatecznej, w której w ramach komponentów jako serwer danych przestrzennych – zaoferowali Państwo Oracle Spatial oraz jako System GIS (edycja i analiza danych przestrzennych) zaoferowali Państwo SONET wersja Oracle Spatial,*
- *udzielonych wyjaśnień z dn. 27.07.2011 r.,*

Zamawiający stwierdza, że posiadane dokumenty nie potwierdzają faktu, że zaoferowany przez Państwa system, czyli SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial, spełnia warunki SIWZ zawarte w Załączniku 1 (Opis

Przedmiotu Zamówienia), w rozdz. 3.2.2.1 (System w wersji standardowej). W szczególności z dokumentów nie wynika zgodność z warunkiem, że oferowany system został już wcześniej wdrożony w przedsiębiorstwach sieciowych (w tym wdrożenie w przedsiębiorstwie energetycznym). Warunki te zawarte są w wyżej przytoczonym rozdziale i brzmią następująco:

„System w wersji Standardowej, oznacza, że Wykonawca jest dostawcą wydzielonej części docelowego Systemu ZMS, który odznacza się poniżej wymienionymi cechami:

- posiada własną nazwę handlową lub znak towarowy,
- jest oprogramowaniem gotowym – wytworzonym, przetestowanym, przygotowanym do zainstalowania i wdrożenia,
- jest oprogramowaniem gotowym, które zostało już wcześniej wdrożone w przedsiębiorstwach sieciowych (w tym wdrożenie w przedsiębiorstwie energetycznym),
- jest szczegółowo opisany w gotowej dokumentacji (funkcjonalność, architektura i podręczniki użytkownika),
- zostały określone standardowe warunki licencjonowania, serwisowania i rozwoju.

Zamawiający wymaga, aby produktem gotowym, była co najmniej aplikacja (wraz z platformą) GIS. Produkty te stanowią prototyp systemu, który powinien być dostarczony w ramach Etapu 1”.

Istnieje zatem potrzeba zweryfikowania zgodności zaoferowanego systemu z podkreślonymi powyżej fragmentami SIWZ a w szczególności stwierdzenia, że oferowany system „jest oprogramowaniem gotowym, które zostało już wcześniej wdrożone w przedsiębiorstwach sieciowych (w tym wdrożenie w przedsiębiorstwie energetycznym)”, przy czym produktem gotowym ma być „co najmniej aplikacja (wraz z platformą) GIS”.

Wobec powyższego ponawiamy prośbę o przedstawienie Zamawiającemu listy przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, u których został wdrożony zaoferowany w niniejszym postępowaniu System (co najmniej aplikacja wraz z platformą GIS), czyli SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial.

Jeżeli jest to możliwe, prosimy o potwierdzenie faktu wdrożenia ww. Systemu dokumentami od klientów, u których System został wdrożony. Jeżeli nie jest możliwe potwierdzenie faktu wdrożenia ww. Systemu dokumentami od klientów, to prosimy wtedy, o podanie nazwisk osób po stronie klientów, mogących potwierdzić ten fakt.

Odnosnie zarzutu Wykonawcy związanego z niemożnością żądania na tym etapie postępowania ww. informacji, Zamawiający chce nadmienić, iż informacje te dotyczą

wymogów przedmiotowych związanych z zaoferowanym przez Wykonawcę systemem, a tym samym wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy (...) jest dopuszczalne. Ponadto wyjaśnienia te są niezbędne dla Zamawiającego z uwagi na konieczność stwierdzenia zgodności złożonej oferty z SIWZ.

W przedostatnim akapicie pisma Zamawiający pouczył Odwołującego w następujący sposób:

W przypadku braku wskazania przez Oferenta przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, u których został wdrożony zaoferowany przez Państwa System (co najmniej aplikacja wraz z platformą GIS), czyli SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial oraz braku podania przez Oferenta nazwisk osób po stronie klientów, mogących potwierdzić ten fakt, Zamawiający stwierdzi niezgodność Państwa oferty z SIWZ i konsekwencji oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.

Zamawiający określił termin udzielenia wyjaśnień na 2 sierpnia 2011 r. godz. 12:00.

1 sierpnia 2011 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 – poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez formułowanie wobec oferty Odwołującego wymagań wykraczających poza wymagania wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”), tj. przedstawienia dodatkowych, niewymaganych w s.i.w.z. dokumentów).
2. Art. 87 ust. 1 – poprzez nieuprawnione wezwanie Odwołującego się do uzupełnienia złożonej w postępowaniu oferty o dodatkowe dokumenty.
3. Art. 25 – poprzez nieuprawnione żądanie przez Zamawiającego dodatkowych dokumentów na etapie oceny ofert, których Zamawiający nie żądał w s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, iż spowodowało to naruszenie jego interesu, gdyż złożył w postępowaniu ofertę, która może zostać uznana za najkorzystniejszą przez Zamawiającego, zaś działania Zamawiającego mogą doprowadzić do uniemożliwienia Odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia. *Zamawiający bowiem wyraźnie (w piśmie z dnia 28 lipca 2011 r., doręczonym do Odwołującego się w dniu 29 lipca 2011 r. w formie wiadomości*

e-mail-owej) zastrzegł, iż brak przedstawienia przez Odwołującego się określonych dokumentów spowoduje niezgodność oferty złożonej w Postępowaniu przez Odwołującego się z SIWZ i w konsekwencji odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 Pzp. Nie ulega zatem wątpliwości, że Odwołujący się posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści Odwołania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności z dnia 22 lipca 2011 r. oraz z dnia 29 lipca 2011 r., polegającej na wezwaniu Odwołującego, w oparciu o art. 87 ust. 1 pzp, do przedłożenia dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Czynność Zamawiającego w zakresie zażądania złożenia wyjaśnień co do treści oferty nie budzi wątpliwości Odwołującego, gdyż z art. 87 ust. 1 pzp wynika, iż zamawiający od etapu otwarcia ofert i do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawców wyjaśnień odnoszących się do treści złożonych ofert. Zamawiający nie jest uprawniony do żądania na podstawie tego przepisu jakichkolwiek dodatkowych dokumentów, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Wyjaśnieniu podlega jedynie sama treść oferty w ściśle określonych granicach, a nie jej brak, czy też braki w złożonych oświadczeniach bądź dokumentach stanowiących załączniki do oferty (tak S. Babiaryz w: S. Babiaryz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, str. 412 i n.). W trybie art. 87 ust. 1 pzp nie może dojść do zmiany zaoferowanego produktu lub sposobu wykonania usługi. Przepisy ustawy pzp nie pozwalają wykonawcy po otwarciu ofert na jakąkolwiek ingerencję w treść złożonej oferty. Chodzi więc tutaj przede wszystkim o przedstawienie interpretacji co do rozumienia treści danych zawartych w ofercie, natomiast treść oferty nie może być też ani rozszerzana, ani ograniczana. Zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie przyjmuje się powszechnie, że przepis art. 87 ust. 1 pzp ma na celu uzyskanie interpretacji treści oferty, *sui generis* wykładni jej treści, wyjaśnienia pewnych elementów oferowanego świadczenia, a nie potwierdzenie spełniania przez oferenta określonego wymagania s.i.w.z. nowymi dokumentami. W trybie art. 87 ust. 1 pzp, nie mogą być rozszerzone ani ograniczone dokumenty stanowiące załączniki do oferty, w tym potwierdzenia faktu wdrożenia oferowanego przez Odwołującego systemu informatycznego dodatkowymi dokumentami od klientów

Wykonawcy. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić też do uzupełniania oferty o wymagane w s.i.w.z. dokumenty, a tym bardziej o dokumenty, jakich nie wymagano w niej. Zamawiający czynnościami z 22 i 29 lipca 2011 r. zażądał potwierdzenia oświadczenia woli złożonego w postępowaniu przez Odwołującego, zakreślonymi w pismach nowymi dokumentami, w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy pzp, który na takie czynności nie zezwala. Odwołujący poprzez złożenie w postępowaniu oferty złożył oświadczenie, iż proponowany przez niego system informatyczny spełnia wymogi s.i.w.z., w tym również wymogi określone w pkt. 3.2.2.1. załącznika nr 1 do s.i.w.z. Natomiast parametrów systemu informatycznego, określonych w formularzu oferty ostatecznej sporządzonym na podstawie załącznika A do s.i.w.z. pn. *Formularz oferty ostatecznej na wdrożenie Systemu Zarządzania Majątkiem Sieciowym* nie miały potwierdzać żadne dokumenty przedmiotowe, ponieważ takiego wymagania nie zawarto w postanowieniach s.i.w.z. Dopiero na etapie oceny ofert Zamawiający zażądał od Odwołującego dokumentów potwierdzających te parametry. Bezspornie oferowany przez Odwołującego system informatyczny miał spełniać określone w s.i.w.z. parametry, ale Zamawiający na potwierdzenie powyższego nie żądał dokumentów i powinien się opierać podczas oceny ofert na oświadczeniach złożonych przez oferentów. Zamawiający nie może bowiem wykroczyć poza określone w s.i.w.z. kryteria oceny ofert i poziom szczegółowości składanej oferty. Tak więc nieprecyzyjność wymogów postawionych w s.i.w.z. nie może obciążać wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Wykonawcy w toku postępowania zobowiązani są do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu: warunków podmiotowych i warunków przedmiotowych. Warunki przedmiotowe udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynikają z art. 25 ust. 1 pzp, a zamawiający zgodnie z dyspozycją tego przepisu zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, s.i.w.z. lub w zaproszeniu do składania ofert. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani we wstępnej s.i.w.z., ani w s.i.w.z. nie żądał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających, iż oferowany przez nich system informatyczny, jaki proponują w złożonej ofercie, był wdrożony w przedsiębiorstwach sieciowych, w tym energetycznych. Co więcej, Zamawiający nie zwracał się do Odwołującego się o przedłożenie takich dokumentów na wcześniejszych etapach postępowania, mimo że Zamawiający już od etapu złożenia przez Odwołującego się oferty wstępnej posiadał wiedzę o systemie informatycznym, jaki Odwołujący zaoferuje Zamawiającemu. Nadto dokumenty i oświadczenia, jakich żądać może Zamawiający od wykonawców muszą spełniać dodatkowy

warunek materialnoprawny, tj. muszą być niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wnosić zatem należy, że Zamawiający na podstawie art. 25 ust. 2 pzp uznał domniemanie równej mocy dowodowej dokumentów (urzędowych i prywatnych) z oświadczeniami Odwołującego i słusznie nie żądał dodatkowych dokumentów, bowiem nie były one niezbędne w tym postępowaniu. Nie jest również dopuszczalne żądanie dodatkowych dokumentów dla wyjaśnienia jakiejś rozbieżności, istniejącej w dokumentacji postępowania, gdyż Zamawiający w toku postępowania może żądać jedynie takich dokumentów, jakie określił w ogłoszeniu o zamówieniu lub s.i.w.z.

Powyższe okoliczności uniemożliwiają złożenie dokumentów żądanych przez Zamawiającego pismem z 21 lipca 2011 r. , tj. listy przedsiębiorstw wraz z dokumentami, potwierdzającymi dokonanie wdrożeń, zostały przedstawione Zamawiającemu pismem z 27 lipca 2011 r. Pomimo bardzo wyczerpującego uzasadnienia przedstawionego w nim stanowiska Odwołującego, Zamawiający pismem z 28 lipca 2011 r. nie uznał wyjaśnień złożonych przez Odwołującego się za wystarczające i podtrzymał swoje stanowisko, co do konieczności przedstawienia listy przedsiębiorstw sieciowych, w których dokonano wdrożenia oferowanego przez Odwołującego systemu. Jednocześnie Zamawiający potwierdził konieczność przedłożenia dokumentów pochodzących od klientów Odwołującego (przedsiębiorstw sieciowych), w których wdrożono tenże system, przy czym Zamawiający określił alternatywną możliwość przedstawienia „jedynie” listy osób, które będą mogły potwierdzić fakt dokonania takiego wdrożenia. Odwołujący nie zgadza się z dalszą koniecznością wyjaśniania spełnienia przez siebie warunków postępowania określonych w s.i.w.z. poprzez przedkładanie dodatkowych dokumentów, w szczególności zaś Odwołujący nie widzi możliwości uzupełniania złożonej przez siebie oferty o nowe dokumenty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

Niezgodna z przepisami art. 87 ust. 1 oraz art. 25 ustawy pzp czynność Zamawiającego naruszyła zatem kardynalne zasady zamówień publicznych, określone w art. 7 ust. 1 pzp, tj. zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Ogólny charakter wskazanych zasad przejawia się w wieloaspektowym ich oddziaływaniu na postępowanie. Po pierwsze – ich obowiązywanie musi być odnoszone do każdego etapu postępowania o udzielenie zamówienia, po drugie – konkretyzacja zasad następuje w przepisach regulujących poszczególne kwestie z zakresu postępowania. po trzecie – stosowanie przepisów ustawy pzp zawsze musi być odnoszone do zasad. Zasada równości nakłada na Zamawiającego obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców. Z kolei

zapewnienie równego udziału w postępowaniu jest nakazem prawa, realizowanym w ustawie pzp przez zobowiązanie Zamawiającego do jednakowego podejścia do oferentów. Równe traktowanie odnosi się nie tylko aspektu formalnego postępowania, ale i merytorycznego, czyli do oceny złożonej oferty według takich samych kryteriów. Zamawiający ma obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Prawo nie pozwala traktować żadnego z oferentów w sposób uprzywilejowany. Zamawiający musi stawiać wszystkim oferentom jednakowe wymagania. Niedopuszczalne jest stosowanie jakichkolwiek preferencji podmiotowych. Działanie zasady uczciwej konkurencji nie może być ograniczone decyzjami Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający poprzez żądanie dodatkowych dokumentów, które nie były wymagane ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w s.i.w.z., naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Przyczynił się bowiem do stworzenia pola do nadużyć, w szczególności takie zachowanie Zamawiającego mogłoby być odczytane przez oferentów w postępowaniu jako niedozwolone negocjacje Odwołującego z Zamawiającym, czy też niedozwolone uzupełnianie oferty przez Odwołującego.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 2 sierpnia 2011 r. (wraz z przekazaniem kopii odwołania) pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

- 4 sierpnia 2011 r. (pismem z 3 sierpnia 2011 r.) – konsorcjum wykonawców: (1) ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, (2) Apator Rector spółka z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, (3) Tukaj Mapping Central Europe spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie, (4) Eurosystem S.A. z siedzibą w Chorzowie – zwane dalej w skrócie od nazwy lidera „Konsorcjum ComArch”;
- 5 sierpnia 2011 r. (pismem z 4 sierpnia 2011 r.) – konsorcjum wykonawców: (1) Qumak-Sekom Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, (2) SHH spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – zwane dalej w skrócie od nazwy lidera „Konsorcjum Qumak-Sekom”;
- 5 sierpnia 2011 r. (pismem z 4 sierpnia 2011 r.) – konsorcjum wykonawców: (1) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, (2) Proximus S.A. z siedzibą w Katowicach, (3) MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, (4) Intergraph Polska spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie – zwane dalej w skrócie od nazwy lidera „Konsorcjum Asseco”.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185

ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia: Konsorcjum ComArch, Konsorcjum Qumak-Sekom oraz Konsorcjum Asseco do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestników tego postępowania (Przystępujących).

Przystępujący w pismach zgłaszających przystąpienie podnieśli następujące argumenty przemawiające za oddaleniem odwołania.

Konsorcjum ComArch wskazało, iż datowane na 28 lipca 2011 r. wezwanie do złożenia wyjaśnień jest całkowicie zgodne z ustawą pzp. W szczególności, wbrew twierdzeniom odwołania, Zamawiający nie wezwał Odwołującego do przedłożenia dodatkowych dokumentów, tym bardziej zaś nie wezwał, gdyż nawet nie miał takiego uprawnienia, do zmiany treści oferty. Zatem wszelkie wywody Odwołującego w tym zakresie są bezpodstawne i jako takie powinny zostać pominięte. Wyłącznie bowiem od Odwołującego zależy, w jakiej formie i treści złoży wyjaśnienia – w szczególności zaś, czy takie wyjaśnienia będą zmieniały treść oferty.

Odwołanie nie może zostać uwzględnione, gdyż żądaniem odwołania jest *nakazanie unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do przedłożenia dodatkowych dokumentów*, podczas gdy Zamawiający w piśmie z 28 lipca 2011 r. bynajmniej nie wzywa Odwołującego do przedłożenia „dodatkowych dokumentów”, a wyłącznie – do złożenia wyjaśnień. Zatem odwołanie zostało złożone od nieistniejącej czynności Zamawiającego i jako takie powinno zostać oddalone.

Niezależnie od powyższego odwołanie powinno zostać oddalone, gdyż Odwołujący nie ma interesu w skorzystaniu z tego środka ochrony prawnej – a to wobec faktu, iż samo wezwanie do złożenia wyjaśnień w żaden sposób nie narusza interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia – tak chociażby Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 8 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1635/09): *Nie można również uznać, iż samo wezwanie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień może prowadzić do naruszenia Interesu prawnego, jakiegokolwiek wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Jest ono jednym z etapów procedury, przewidzianej w ustawie, która stanowi o prawie zamawiającego wyjaśniania treści składanych ofert, w celu przeprowadzenia prawidłowej czynności oceny ofert. Formułowanie zarzutu w tym przedmiocie nie może być skuteczne, chyba że wykonawca wykazałby prowadzenie przez zamawiającego niedozwolonych negocjacji dotyczących złożonej oferty, lub dokonania niedopuszczalnej zmiany w treści oferty.* Jednocześnie Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisu art. 25 i

art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Konsorcjum Qumak-Sekom podniosło, po pierwsze, iż Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 pzp, bowiem z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, stosując jednakowe kryteria oceny ofert, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w sytuacji, gdy posiadał wątpliwości, co do oferowanego przez Konsorcjum Sygnity przedmiotu zamówienia. Po drugie, Zamawiający nie naruszył art. 87 ust.1 pzp ani art. 25 ust 1 pzp, ponieważ Odwołujący nie wykazał przed Zamawiającym, że oferowane przez Konsorcjum Sygnity oprogramowanie jest gotowe i zostało już wcześniej wdrożone w przedsiębiorstwach sieciowych (w tym wdrożenie w przedsiębiorstwie energetycznym), zatem Zamawiający miał prawo zweryfikować powyższą okoliczność.

Konsorcjum Asseco wskazało, iż zgodnie z przyjętym trybem postępowania (negocjacji z ogłoszeniem) Zamawiający zaprosił Odwołującego do złożenia oferty wstępnej, gdyż uznał że jego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełnia warunki postępowania, zaś po złożeniu oferty wstępnej przez Odwołującego dokonał oceny jego oferty w odniesieniu do technologii opartej na serwerze i modelu CIM (Oracle bez opcji Spatial). Z posiadanej przez Przystępującego wiedzy wynika, że Odwołujący na rynku polskim w obszarze oferowanej technologii w ofercie ostatecznej tj. SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial, nie posiada żadnego wdrożenia w firmie dystrybucyjnej opartego o tę technologię i w związku z tym nie posiada żadnych doświadczeń i wiedzy związanych z wdrożeniem systemu w tej technologii.

Ustawodawca przyjął tryb postępowania negocjacji z ogłoszeniem jako ciąg czynności, które winien przeprowadzić zamawiający z potencjalnymi wykonawcami opisanych w przepisach art. 54 – art.60 ustawy pzp, jako całość postępowania w tym trybie, a zatem również jako ciągłość podmiotowa i przedmiotowa składanego wniosku, oferty wstępnej a następnie oferty ostatecznej. W przypadku, gdy w trakcie takiego postępowania jeden z wykonawców zmienia podstawową technologię służącą do wykonania zamawianego systemu, powyższa zasada całości postępowania ulega unicestwieniu. W szczególności, w związku m.in. z utajnieniem oferty Odwołującego w tym zakresie powstaje sytuacja, w której oferta Odwołującego zostaje wyłączona z możliwości oceny i kontroli przez samego Zamawiającego, albowiem w tym wypadku zaproponowane nowe rozwiązanie technologiczne nie przechodziło procedury określonej we wcześniejszych etapach postępowania (np. prezentacji tej technologii). Powyższe stawia w uprzywilejowanej pozycji ofertę ostateczną Odwołującego, a co za tym idzie stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ustawy pzp, zgodnie z którą Zamawiający przygotowuje

i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wystąpienie zaś tej okoliczności stanowi podstawę (obligatoryjną dla Zamawiającego) odrzucenia oferty lub też naraża Zamawiającego na poważny i realny zarzut w odwołaniu do KIO oparty na naruszeniu przywołanej zasady w związku z ofertą Odwołującego. W konsekwencji najważniejszym postępowaniem Zamawiającego będzie skorzystanie z art. 87 ust. 1 ustawy pzp i wyjaśnienie tych elementów oferty, które Odwołujący wprowadził jako nowe rozwiązanie technologiczne nieprezentowane przez niego w ofercie wstępnej, uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa, w sposób niebudzący wątpliwości co do ich rzeczywistego charakteru.

*Zgodnie z poglądami doktryny zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji (...) Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego (Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, *Komentarz LEX 2010. Komentarz do art. 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych*. Stan prawny: 2010.08.01).*

Uprawnienie z art. 87 ust. 1 pzp przysługuje zamawiającemu bez względu na tryb postępowania i w toku badania i oceny ofert, a więc od chwili ich otwarcia do wyboru najkorzystniejszej oferty (wliczając w to czas związany z rozpatrywaniem ewentualnych odwołań), zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Zamawiający może, ale nie musi, korzystać z tego uprawnienia. Jeśli jednak zaniecha żądania wyjaśnień i wskutek tego niewłaściwie zinterpretuje treść oferty, może narazić się na odwołanie ze strony wykonawcy.

11 sierpnia 2011 r. Zamawiający na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników złożył odpowiedź na odwołanie, której kopia została przekazana Odwołującemu i Przystępującemu – wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał następujące argumenty przemawiające za takim stanowiskiem.

Skierowane do Odwołującego pismo z 27 lipca 2011 r. nie zawierało żądania

wykraczającego poza uprawnienie wynikające z art. 87 ust. 1 ustawy pzp, tj. żądania przedstawienia dokumentów od klientów. Fakt, że Zamawiający zrezygnował z wymagania przedstawienia dokumentów od klientów (pozostawiając jednak Wykonawcy taką możliwość), nie budził wątpliwości Odwołującego, co jasno wynika z pisma, które Odwołujący przesłał do Zamawiającego w dniu 2 sierpnia 2011 r. a więc po złożeniu odwołania. Zatem zarzut odwołania dotyczący nieuprawnionego żądania od Odwołującego dokumentów od klientów, u których System został wdrożony, jest bezzasadny.

Zdaniem Odwołującego nieuprawnione jest żądanie od niego również listy przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, u których został wdrożony oferowany system oraz podania nazwisk osób zatrudnionych w przedsiębiorstwach wyszczególnionych w ramach takiej listy, mogących potwierdzić fakt wdrożenia systemu w tych przedsiębiorstwach, gdyż stanowi domaganie się od niego dodatkowych niewymaganych w s.i.w.z. dokumentów, a ich złożenie stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści oferty. Zdaniem Zamawiającego celem art. 87 ust. 1 ustawy pzp jest umożliwienie Zamawiającemu wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do treści oferty, które pojawią się na etapie badania o oceny ofert, w szczególności badania ukierunkowanego na ustalenie, czy oferta podlega odrzuceniu (a także czy wykonawca nie podlega wykluczeniu). Zamawiający może więc żądać wyjaśnień, które to pomogą mu stwierdzić, czy treść oferty odpowiada treści s.i.w.z., oraz czy oświadczenie wykonawcy o zgodności oferowanego produktu z s.i.w.z. jest oświadczeniem prawdziwym. Działanie takie stanowi wyraz staranności Zamawiającego, realizację zasady uczciwej konkurencji, która nie polega na mechanicznym wykonywaniu tych samych czynności w stosunku do wszystkich wykonawców, a na wykonywaniu czynności, które są adekwatne do ich sytuacji i złożonych ofert. Skoro pewnego rodzaju wątpliwości dotyczą jednej oferty, Zamawiający wzywa o wyjaśnienia w tym zakresie jednego wykonawcę (tu: Odwołującego). W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie sprzeczności i niejasności z związane z ofertą mogące prowadzić do stwierdzenia jej niezgodności z s.i.w.z. nie mogą być interpretowane przez zamawiającego bez wyjaśnień wykonawcy. W wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 596/11 Izba stwierdziła, iż: *„Zamawiający jest zobowiązany zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p. do rzetelnego badania i oceny ofert (...). Sprzeczność wewnętrzna treści oferty nie może być interpretowana przez zamawiającego bez wyjaśnienia tej sprzeczności przez wykonawcę.* Natomiast w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 533/11 wskazuje, iż *Zasadniczą sprawą jest, aby każdy z wykonawców miał możliwość przedstawienia uzasadnienia poszczególnych elementów oferty w kwestiach, które wzbudziły podejrzenie zamawiającego, co stanowi*

podstawowy wymóg mający zapobiec arbitralności zamawiającego zagwarantować konkurencję.

Zarówno *lista przedsiębiorstw*, jak i dane kontraktowe do osób nie stanowią dodatkowych „dokumentów”, lecz są to informacje podawane przez samego wykonawcę, na podstawie jego wiedzy, jego oświadczenie własne, a nie np. dokument urzędowy, czy też inny pochodzący od podmiotów innych niż wykonawca. Oznacza to, że kwestionowane wymaganie Zamawiającego stanowiło żądanie udzielenia wyjaśnień (a nie złożenia dokumentów), przy czym Zamawiający wskazał Odwołującemu, jakie informacje powinny znaleźć się w tych wyjaśnieniach, tak by były one pomocne dla badania i oceny oferty. Mając na względzie obowiązek starannego badania ofert i każdej wątpliwości, jaka ich dotyczy Zamawiający wskazał Odwołującemu swe oczekiwania, co do zawartości jego wyjaśnień. Wymaganie takie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

Gdyby przyjąć za słuszną argumentację Odwołującego należałoby uznać, że Zamawiający jest uprawniony by żądać od wykonawców jedynie ogólnikowych wyjaśnień, w tym przypadku polegających na głośnym oświadczeniu, że system spełnia wymaganie s.i.w.z. Z rozumowaniem takim nie sposób się zgodzić, gdyż oznaczałoby ono, że Zamawiający nie otrzymuje wyjaśnień, a jedynie powtórzenie zawartego już w ofercie oświadczenia o zgodności oferty z s.i.w.z., z pewnością nie taka była inwencja ustawodawcy tworzącego art. 87 ust. 1 pzp. Tym samym odwołanie dotyczy czynności, jaka nie miała miejsca, gdyż Zamawiający wezwał Odwołującego wyłącznie do udzielenia wyjaśnień, do czego jest uprawniony.

Nie sposób także uznać, że przedstawienie przez Odwołującego wyjaśnień zawierających żądane informacje stanowiłoby zmianę treści ofert. Żądane wyjaśnienia nie mogłyby zmienić treści oferty bowiem nie stanowiłyby w ogóle treści oferty. Wynika to z faktu, że ustawa pzp nie reguluje definicji legalnej oferty i z tego powodu, w sprawie zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego (na zasadzie art. 14 ustawy pzp). Jak wynika z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, oferta to oświadczenie woli zawarcia umowy, określające istotne postanowienia tej umowy. Treścią oferty jest zatem oświadczenie określające istotne postanowienia umowy, jaka ma być zawarta w przypadku uznania oferty za najkorzystniejszą. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy składają zamawiającemu ofertę oraz inne dokumenty, niestanowiące oferty, takie jak oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków, pełnomocnictwa itp. Dokumenty te nie stanowią treści oferty. Potwierdza to również treść art. 44 ustawy pzp. Analogicznie nie stanowi treści oferty

oświadczenie wykonawcy w sprawie tego, w jakich przedsiębiorstwach dokonał wdrożenia oferowanego oprogramowania, ani też dane kontaktowe do przedstawicieli tych przedsiębiorstw, bowiem nie wpływa to w żadnym stopniu na zmianę zobowiązania wykonawcy (oferty). Zamawiający twierdzi, że wyjaśnienia, o jakie poprosił Odwołującego nie mogą do takiej zmiany doprowadzić, chyba że Odwołujący w ramach wyjaśnień wskazałby, że jego oferta obejmuje inny system, niż wskazany w treści oferty ostatecznej.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że żądanie od Odwołującego wyjaśnień nie narusza jego interesu – przeciwnie, jest w interesie Odwołującego, bowiem daje mu możliwość wykazania zgodności oferty z s.i.w.z. To oznacza, że odwołanie podlega oddaleniu nie tylko z przyczyn opisanych powyżej, ale też z powodu braku wymaganego interesu. Ponadto, skoro zgodnie z ustawą pzp i orzecznictwem sam fakt nieudzielenia wyjaśnień w trybie art. 87. ust. 1 ustawy pzp nie może stanowić samoistnej podstawy do odrzucenia oferty, Odwołujący może nie udzielić wyjaśnień, a ewentualne unieważnienie przez KIO czynności żądania wyjaśnień, nie zmienia w żaden sposób sytuacji Odwołującego w postępowaniu. To również świadczy o braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestników zawarte w środkach ochrony prawnej i odpowiedzi na odwołanie, pozostałych pismach procesowych, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu

orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu, który złożył ofertę wstępną, uczestniczył w prowadzonych negocjacjach i złożył ofertę zawierającą cenę, która daje mu realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Natomiast czynność Zamawiającego podjęta w toku badania i oceny ofert z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 pzp w sposób niezgodny w ocenie Odwołującego z tym przepisem, naraża go na szkodę z powodu zagrożenia odrzuceniem jego oferty.

Skład orzekający Izby zapoznał się również z całością uzasadnienia wyroku z 8 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1635/09) i stwierdził, iż zapadł on na tle zupełnie odmiennych zarzutów, które nie ograniczały się do naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 pzp, a przywołana przez Przystępującego Konsorcjum ComArch teza stanowi końcowy fragment uzasadnienia, który nie może być bezkrytycznie odczytywany w oderwaniu od jego pozostałej części.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu (wraz ze zmianami), s.i.w.z. (w wersji ostatecznej) wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej i ostatecznej Odwołującego, przywołanych w niniejszym uzasadnieniu pism i dokumentów, wezwań wyjaśnień złożonych przez Asseco, a także protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępujących złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby domaganie się przez Zamawiającego od Odwołującego potwierdzenia faktu wdrożenia systemu SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial przez złożenie dokumentów pochodzących od przedsiębiorstw sieciowych, w których został wdrożony ten system, lub przez podanie nazwisk osób mogących potwierdzić fakt takiego wdrożenia

zatrudnionych w tych przedsiębiorstwach – w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie znajduje oparcia w przepisie art. 87 ust. 1 pzp.

Bezsporna pomiędzy uczestnikami postępowania odwoławczego była okoliczność, iż zarówno w s.i.w.z. przekazanej wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych, jak i w s.i.w.z. przekazanej wraz z zaproszeniem do składania ofert – nie uległo zmianie wymaganie opisane w pkt. 3.2.2.1 *System w wersji Standardowej* załącznika nr 1 do s.i.w.z. *Opis Przedmiotu Zamówienia*. Treść tego punktu została w całości przywołana powyżej jako element pisma Zamawiającego z 28 lipca 2011 r. i odpowiada w pełni jego rzeczywistemu brzmieniu (po uwzględnieniu braku podkreśleń w oryginalnej wersji postanowienia s.i.w.z.). Postanowienie to nie jest bez znaczenia dla niniejszej sprawy, gdyż obie strony sporu odwołują się do niego dla uzasadnienia swoich racji. Jednocześnie interpretacja jego treści wykracza poza zakres kognicji Izby wyznaczonej zarzutami wniesionego odwołania, które nie dotyczą odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności złożonej oferty ostatecznej z tym wymaganiem, która to czynność nie miała jeszcze miejsca (choć jednocześnie została zapowiedziana, o czym poniżej), lecz sposobu weryfikacji w trybie art. 87 ust. 1 pzp przez Zamawiającego czy owa zgodność występuje. Jednocześnie nie sposób odmówić Odwołującemu prawa odwołania się od wezwania do wyjaśnień, w którym Zamawiający w sposób stanowczy określa definitywny skutek, jaki będzie miało uczynienie zadość jego żądaniu w sposób inny, niż przez niego narzucony (vide przytoczone również powyżej pouczenie zawarte w przedostatnim akapicie pisma z 28 lipca 2011 r.). Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie usiłował się dystansować od sformułowanej przez siebie w formie pisemnej jednoznacznej i bezwarunkowej zapowiedzi, iż w takim przypadku stwierdzi niezgodność oferty Odwołującego z s.i.w.z. i dokona jej odrzucenia – na rzecz prezentowania stanowiska, iż nawet nieudzielenie żadnych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie do ich udzielenia, nie może samo z siebie przesądzać o odrzuceniu oferty. O ile zmiana ta jest rzeczywiście zgodna z powszechnie akceptowanym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, o tyle nie może mieć wpływu na ocenę legitymacji do wniesienia odwołania w niniejszej sprawie. Zamawiający ponosi bowiem pełną odpowiedzialność za swoje działania, w szczególności podjęte w sposób naruszający przepisy ustawy pzp, a Odwołujący ma prawo wyciągać konsekwencje z bezprawnych działań Zamawiającego naruszających jego interes. Odwołujący miał również pełne prawo traktować poważnie zapowiedzi Zamawiającego wyrażone w tak jednoznaczny sposób i poszukiwać ochrony przed ich ziszczeniem się w drodze przysługujących mu środków prawnych. Na marginesie należy zauważyć, iż Zamawiający w sposób zupełnie bezpodstawny utożsamia interes

Odwołującego we wniesieniu odwołania z interesem w udzieleniu wyjaśnień, przyjmując nieuprawnione założenie, że skoro udzielenie wyjaśnień jest w interesie Odwołującego, to nie ma on interesu we wniesieniu odwołania na wezwanie do ich udzielenia. Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, iż Odwołujący udzielił przed wniesieniem odwołania takich wyjaśnień, jakie najwyraźniej uznał za leżące w jego interesie, a w odpowiedzi na obszerne wyjaśnienia, uznane przez Zamawiającego za „gołosłowne”, został pouczone o nieuniknionym odrzuceniu oferty w razie ich nieudzielenia w formie i treści narzuconej przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby daleki jest jednak od odmawiania Zamawiającemu prawa do wyjaśniania na podstawie art. 87 ust. 1 pzp nawet tego, co już najwyraźniej nie wymaga żadnego wyjaśnienia, pod warunkiem, iż żądanie takie będzie mieściło się w ramach instytucji przewidzianej tym przepisem. Zważyć bowiem należy, iż z porównania treści udzielonych 27 lipca 2011 r. przez Odwołującego wyjaśnień (ujawnionych przez Zamawiającego przed uczestnikami postępowania odwoławczego, pomimo objęcia ich przez Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa, częściowo już przez sformułowanie ponowionego wezwania dokonanego 29 lipca 2011 r., a w całości przez uczynienie z kopii tych, a także z również objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z 2 sierpnia 2011 r., załączników do odpowiedzi na odwołanie – pomimo, iż według oświadczenia złożonego na rozprawie nie dokonał sprawdzenia zasadności dokonanego zastrzeżenia), z treścią obszernego uzasadnienia pisma Zamawiającego datowanego na 28 lipca 2011 r. – jednoznacznie wyłania się różnica poglądów Stron co do tego, czy Odwołujący spełnia wymóg pkt. 3.2.2.1 załącznika nr 1 do s.i.w.z. Zdaniem Zamawiającego na etapie oferty wstępnej Odwołujący spełniał wymaganie *Systemu w wersji Standardowej*, a treść oferty ostatecznej powoduje, iż już nie spełnia, zdaniem Odwołującego, oferowany przez niego system SONET spełniał i nadal spełnia to wymaganie i nie ma podstaw do zmiany oceny w tym zakresie na podstawie treści oferty ostatecznie złożonej. Spór w tym zakresie, mający najwyraźniej swe źródło w odmiennej interpretacji postanowienia pkt. 3.2.2.1 (a może raczej w sposobie jego zastosowania do rozwiązania oferowanego przez Odwołującego), w którym po stronie Zamawiającego jednogłośnie opowiedzieli się wszyscy pozostali w grze uczestnicy prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, żywotnie zainteresowani jego prawidłowym prowadzeniem (a przy okazji zmniejszeniem konkurencji) – z oczywistych względów nie mógł zostać rozstrzygnięty w niniejszej sprawie przez Izbę, jako wykraczający poza granice zarzutów odwołania. Tym niemniej, aby nie pozostawić żadnych wątpliwości co do tego, co w istocie jest istotą sporu pomiędzy Stronami, skład orzekający Izby uznał za

celowe utrzymanie w mocy wezwania Zamawiającego w zakresie przedstawienia listy przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, u których został wdrożony przez Odwołującego system SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial. Wydaje się, że dotychczas udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia, w których obszernie odniósł się do pierwszego zdania pierwszego punktu wezwania z 22 lipca 2011 r., nie pozostawiają niemal cienia wątpliwości co do treści odpowiedzi, jaką może udzielić na tak zadane pytanie. Ponieważ jednak to Zamawiający prowadzi postępowanie, ma również uprawnienie do wyjaśniania wątpliwości, które powziął w toku badania złożonych ofert. Skoro Zamawiający dla podjęcia dalszych kroków w postępowaniu potrzebuje odpowiedzi tak postawione pytanie (podtrzymane 29 lipca 2011 r. drugie zdanie pierwszego pkt. wezwania z 22 lipca 2011 r.), to Odwołujący powinien jej udzielić wprost. Aby umożliwić to Odwołującemu bez obawy, że sama treść wyjaśnień spowoduje odrzucenie jego oferty, niezbędne stało się uchylenie pouczenia Zamawiającego, z którego wynikało, iż brak wskazania listy przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, w których został wdrożony system SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial, nieodwołalnie spowoduje taki niekorzystny skutek dla Odwołującego. W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający uprawniony był co najwyżej do wskazania, iż udzielone wyjaśnienia będą miały znaczenie przy ocenie zgodności złożonej oferty z treścią s.i.w.z. Takie pouczenie miałoby walor przypomnienia wykonawcy o istotnym znaczeniu dokonywanej czynności, która może mieć wpływ na jego dalsze losy w postępowaniu, a zatem w istocie służyłoby zabezpieczeniu obopólnego interesu, gdyż Zamawiający miałby większą szansę uzyskania przemyślanej odpowiedzi od wykonawcy świadomego odpowiedzialności za treść udzielanych wyjaśnień. Natomiast treść pouczenia udzielonego przez Zamawiającego służyła wyłącznie jego interesowi – zapewnienia sobie możliwości oceny zgodności złożonej oferty z treścią s.i.w.z. wyłącznie z powołaniem się na treść udzielonych wyjaśnień, a nie na podstawie całokształtu treści złożonej oferty przez Odwołującego. W ocenie składu orzekającego Izby, o ile w innych okolicznościach wywody Odwołującego o narażeniu na zmianę treści złożonej oferty należałoby uznać za całkowicie nieuzasadnione (również z uwagi na przywołane w odwołaniu orzecznictwo, w większości nieadekwatne), zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępujących, iż zależy to w pełni od jego woli, o tyle przy takim pouczeniu nie są one zupełnie bezpodstawne. Odwołujący został postawiony przed alternatywą, albo udzieli wyjaśnień w wersji zgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego, albo narazi się na odrzucenie swojej oferty, co w rezultacie

zmusiło go złożenia odwołania od dokonanej w ten sposób czynności Zamawiającego.

Natomiast niezależnie od wadliwego pouczenia, w ocenie składu orzekającego Izby również domaganie się od Odwołującego zapewnienia potwierdzenia faktu wdrożenia wskazanego systemu przez źródła niezależne od niego, w przedmiotowym postępowaniu wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 1 pzp i jest zbędne. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie i oświadczeniom składanym na rozprawie, nie zrezygnował on z uzyskania takiego potwierdzenia w ponowionym wezwaniu do wyjaśnień z 29 lipca 2011 r., a nawet tylko pozornie zrezygnował z domagania się dokumentów potwierdzających pochodzących od przedsiębiorstw sieciowych, na rzecz danych kontaktowych pracowników tych przedsiębiorstw. Co prawda pozornie wskazuje na to pkt. 2 wezwania datowanego na 28 lipca 2011 r., jednak już w uzasadnieniu pisma Zamawiający nadal „prosi” (pod rygorem powyżej omówionym) o potwierdzenie faktu wdrożenia dokumentami pochodzącymi od odbiorców wdrożeń, ewentualnie godząc się zamiast tego na podanie danych kontaktowych ich pracowników, którzy mogliby to potwierdzić. Zatem podanie danych kontaktowych pracowników przedsiębiorstw sieciowych jest ewentualnością dopuszczoną w drugiej kolejności, gdyż nadal Zamawiający zainteresowany jest przede wszystkim dokumentami potwierdzającymi wystawionymi przez te przedsiębiorstwa. Przede wszystkim jednak jest to zmiana jedynie taktyczna, służąca wykazaniu w obliczu sprzeciwu Odwołującego, iż Zamawiający nie domaga się już w trybie wyjaśnień z przepisu art. 87 ust. 1 pzp dokumentu podmiotu trzeciego na potwierdzenie własnych wyjaśnień Odwołującego, a poprzestanie na informacjach, które Odwołujący również może sporządzić we własnym zakresie. Zdaniem składu orzekającego Izby jest to zmiana pozorna, gdyż Zamawiający nadal domaga się zapewnienia przez Odwołującego potwierdzenia pochodzącego od podmiotu innego niż on – wykonawca uczestniczący w postępowaniu, od którego żądane są wyjaśnienia. W tym przypadku nieistotne jest, że taką listę fizycznie sporządziłby sam Odwołujący, lecz nałożenie na niego roli gwaranta, że osoby na niej wskazane mogą potwierdzić fakt dokonanego wdrożenia – jak to wynika wprost z żądania sformułowanego przez Zamawiającego. Zatem zamiast potwierdzenia pisemnego w formie dokumentu, Odwołujący miałby zapewnić potwierdzenie w formie ustnej przez osoby – nadal jednak pochodzące od podmiotu trzeciego, niezależnego od niego.

Tymczasem brak podstaw dla takiego żądania Zamawiającego w obowiązujących dokumentach postępowania ustalających zakres wymaganych od wykonawców dokumentów czy określających zakres wymaganej konkretyzacji oferty. Zdaniem składu orzekającego Izby zupełnie nieuzasadnione jest poszukiwanie przez Zamawiającego potwierdzenia spełniania

wymogu przywołanego pkt. 3.2.2.1 załącznika nr 1 do s.i.w.z. dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia – w wykazanie usług wykonanych przez Odwołującego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. III.2.3) A ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z treścią opisu sposobu oceny spełniania tego warunku wykonawcy byli zobowiązani do wykazania należytej realizacji *zamówień, których przedmiotem było łącznie dostarczenie licencji oprogramowania klasy GIS, wdrożenie systemu klasy GIS, pozyskanie i wprowadzenie danych opisowych i geometrycznych, integracja systemu klasy GIS, pozyskanie i wprowadzenie danych opisowych i geometrycznych, integracja systemu klasy GIS z innymi systemami (np. ERP, SCADA), o wartości wynoszącej co najmniej 1 000 000 PLN brutto każde, w tym: a) co najmniej jedno wdrożenie zrealizowane zostało w branży energetycznej, b) co najmniej dwa wdrożenia zrealizowane zostały w przedsiębiorstwach dystrybucyjnych i przesyłowych (energetyka, wodociągi, gazownictwo, przedsiębiorstwach dystrybucyjne energii cieplnej) lub w komunikacji. Niezależnie od pewnych elementów wspólnych, nie tylko są to warunki o odmiennym brzmieniu, ale przede wszystkim służą zupełnie odrębnym celom. Przytoczony warunek udziału w postępowaniu wynika z art. 22 ust. 1 pkt. 2 pzp i dotyczy dysponowania przez wykonawców wymaganą przez Zamawiającego wiedzą i doświadczeniem – służył ustaleniu przez niego kręgu wykonawców, którzy zostaną dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający ani w treści tego ogłoszenia, ani w treści s.i.w.z. nie ujawnił zamiaru oceny przez pryzmat usług wykazanych przez wykonawców na potwierdzenie podmiotowego warunku udziału w postępowaniu również wymagania przedmiotu zamówienia opisanego później w pkt. 3.2.2.1 załącznika nr 1 do s.i.w.z. Tymczasem ten ostatni ma charakter wymagania tzw. przedmiotowego, to znaczy kształtuje wymagania Zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia oczekiwanego od wykonawców, którzy już zostali dopuszczeni do udziału prowadzonym postępowaniu. Nawet jeżeli może zdarzyć się, a nawet jest prawdopodobne, że wskazany w ofercie system jest zbieżny z wynikającym z treści wykazu wykonanych zamówień załączonego do wniosku do dopuszczenia do udziału w postępowaniu, to Zamawiający nie ma podstaw do wyciągania negatywnych dla wykonawców wniosków w razie braku takiej zbieżności. Natomiast jedyną podstawą dla zweryfikowania spełnienia wymagania pkt. 3.2.2.1 załącznika nr 1 do s.i.w.z. jest treść złożonych przez wykonawców ofert. Niesporne było bowiem w toku postępowania odwoławczego, iż Zamawiający nie zażądał na potwierdzenie że oferowane systemy odpowiadają temu wymaganiu dokumentu na podstawie przepisu art. 25 ust. 1 pkt. 2 pzp. Jednocześnie Zamawiający nie przewidział również w jakiś wyodrębniony i ujednolicony*

sposób wskazania przez wykonawców w treści składanej oferty co składa się na *system w wersji standardowej*, który będzie bazą do powstania *systemu w wersji docelowej* stanowiącego zasadniczy element przedmiotu zamówienia. Z tego punktu widzenia wymaganie dotyczące *systemu w wersji standardowej* ma charakter *quasi* warunku, gdyż Zamawiający określając pewne wymagania związane z funkcjonalnością takiego systemu bazowego, nie przygotował skutecznego narzędzia weryfikacji ich spełniania, co spowodowało pole do powstania sporu na tle jego spełniania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego. Skład orzekający Izby nie zasądził od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wynagrodzenia jego pełnomocnika, wobec nieprzedłożenia do zamknięcia rozprawy stosownego rachunku, jak to wymaga przepis § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....