

Sygn. akt: KIO 938/13

WYROK

z dnia 17 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. konsorcjum firm: Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 oraz MGGP S.A., 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Katowice, 40-002 Katowice, ul. Poczтова 5,**

przy udziale wykonawcy **WASKO S.A., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; ponowne badanie i ocenę ofert, odrzucenie oferty wykonawcy WASKO S.A., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6;
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Gminę Miasto Katowice, 40-002 Katowice, ul. Poczтова 5** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. konsorcjum firm: Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 oraz MGGP S.A., 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **zamawiającego Gminy Miasto Katowice, 40-002 Katowice, ul. Poczтова 5** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. konsorcjum firm: Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 oraz MGGP S.A., 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6,**

kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Opracowanie i wdrożenie systemu Miejski System Zarządzania - Katowicka Infrastruktura Informacji Przestrzennej wraz z dostawą Infrastruktury sprzętowej, migracją i pozyskaniem danych, przeprowadzeniem szkoleń oraz świadczeniem usług promocji i asysty technicznej”.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach. Jednocześnie w piśmie kierowanym do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum firm: Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie oraz MGGP.S.A. z siedzibą w Tarnowie, [dalej także, jako „Konsorcjum Sygnity”], zamawiający poinformował, iż „(...) po upływie 10 dni od daty otrzymania niniejszego pisma odtajni następujące dokumenty zastrzeżone w Państwa ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa:

- 1) Wykaz wykonanych dostaw/usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, w zakresie informacji, które do chwili obecnej zostały ujawnione w drodze publikacji.
- 2) Wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia w zakresie imion i nazwisk oraz funkcji przy wykonywaniu zamówienia.
- 3) Dokumenty i oświadczenia dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby.
- 4) Zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.”.

Wobec powyższych czynności w dniu 22 kwietnia 2013 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożyło Konsorcjum Sygnity zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”]:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Wasko S.A. mimo, iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ i nie zawiera zobowiązań wymaganych przez zamawiającego odnoszących się do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, podczas, gdy zamawiający złożenia takich zobowiązań wymagał a inni wykonawcy takie zobowiązania w swoich ofertach zawarli;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Wasko S.A. mimo, iż wykonawca ten nie dokonał wymaganych

przez zamawiającego w SIWZ i niezbędnych do prawidłowej wyceny oferty ustaleń z wykonawcą kluczowego dla wykonania przedmiotu zamówienia oprogramowania Kataster ZW, pozwalających na złożenie ważnej i zgodnej z SIWZ oferty oraz umożliwiającej zaoferowanie realizacji przedmiotu zamówienia w zaoferowanym terminie i w zaoferowanej cenie;

- 3) art. 89 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia wyjaśnień treści oferty odnośnie przeprowadzenia przez wykonawcę Wasko S.A. z wykonawcami oprogramowania funkcjonującego u zamawiającego uzgodnień w zakresie sposobu udostępnienia i wymiany danych niezbędnych do funkcjonowania systemu będącego przedmiotem Postępowania, a w konsekwencji również art. 90 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśnienia, czy oferta wykonawcy Wasko S.A. nie zawiera rażąco niskiej ceny wobec braku wyceny wszystkich elementów niezbędnych do realizacji zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ,
- 4) art. 8 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, iż wykaz wykonanych dostaw/usług z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (jako całość), wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia (jako całość), dokumenty i oświadczenia dotyczące podmiotu udostępniającego zasób oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo złożonych przez odwołującego wyjaśnień w tym zakresie,
- 5) art. 8 ust. 3 Pzp poprzez odtajnienie tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby oraz części wykazu wykonanych dostaw/usług przed upływem terminu 10 dni od dnia dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, mimo, iż zamawiający zastrzegł, że takiego odtajnienia dokona po upływie tego terminu,
- 6) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji poprzez odtajnienie części ofert zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa po terminie uprawomocnienia się wyboru najkorzystniejszej oferty, co uniemożliwi wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty w sytuacji, gdyby odtajnione dokumenty wskazywały, że wybrana oferta podlega odrzuceniu lub wykonawca, który złożył tą ofertę podlega wykluczeniu,
- 7) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji w związku z brakiem uzasadnienia decyzji o odtajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co wprost uniemożliwia wykonawcom ustosunkowanie się merytoryczne do podjętej decyzji zamawiającego w tym zakresie, podczas, gdy odwołujący składał szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie prowadzonej przez niego polityki ochrony tajemnicy

przedsiębiorstwa,

- 8) art. 5 kodeksu cywilnego poprzez nadużycie przysługującego prawa, związanego z oceną i wyborem najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie decyzji o odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego
- 3) dokonanie ponownej oceny oferty wykonawcy Wasko S.A. z uwzględnieniem przeprowadzenia procedury wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, względnie również procedury wyjaśnień przewidzianej w art. 90 Pzp,
- 4) odrzucenie z Postępowania oferty Wasko S.A., jako niezgodnej z treścią SIWZ,
- 5) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, względnie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z jednoczesnym dokonaniem odtajnienia informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, jeżeli faktycznie istnieją przesłanki do dokonania odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 6) wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący podnosił, iż oferta wykonawcy Wasko S.A. powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ oraz brak wszystkich wymaganych zobowiązań i oświadczeń odnośnie przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazywał, iż wybrany wykonawca nie złożył oświadczenia w brzmieniu: „Wykonawca zapewni i zobowiąże się, że korzystanie przez Zamawiającego z dostarczonych produktów nie będzie stanowić naruszania majątkowych praw autorskich osób trzecich, całość dostarczonego sprzętu i oprogramowania musi pochodzić z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów – do oferty należy dołożyć odpowiednie oświadczenie wykonawcy.”. W ocenie odwołującego przedmiotowe oświadczenie nie mieści się w kategorii dokumentów i oświadczeń wskazanych w § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzaju dokumentów jakich może zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, a zatem nie może mieć do niego zastosowania art. 25 Pzp i w konsekwencji art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący podnosił również, iż określone w § 5 w/w rozporządzenia dokumenty i oświadczenia potwierdzające, że dana usługa czy produkt spełniają wymagania określone przez zamawiającego sprowadzają się albo do próbek oferowanych produktów albo do zaświadczeń o produkcji lub usłudze wydawanych przez podmioty trzecie w związku z ich certyfikacją czy jakością. Natomiast

celem wymaganego przez zamawiającego oświadczenia, jak wynika bezpośrednio z treści SIWZ, nie jest potwierdzenie, że dana usługa czy produkt spełnia wymagania określone przez zamawiającego, ale bezpośrednio zobowiązanie wykonawcy, że w szczególności korzystanie przez zamawiającego z dostarczonych produktów nie naruszy autorskich praw majątkowych osób trzecich. W ocenie odwołującego obowiązek złożenia takiego oświadczenia w części odnoszącej się do opisu przedmiotu zamówienia potwierdza fakt, iż jest to część oferty wykonawcy, jego oświadczenia woli co do przedmiotu zamówienia, a nie co do spełniania wymagań określonych przez zamawiającego związanych z udziałem w postępowaniu. Zdaniem odwołującego zobowiązanie to odnosi się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia i ma wpływ na sposób realizacji zamówienia. Ponadto odwołujący podnosił, iż oferta wybranego wykonawcy niezgodna jest z treścią SIWZ również w zakresie braku objęcia ofertą całego przedmiotu zamówienia, co winno skutkować jej odrzuceniem. W ocenie odwołującego zapisy SIWZ oraz dokonane wyjaśnienia zamawiającego jednoznacznie wskazywały na obowiązek co najmniej zapoznania się z dokumentacją oraz innymi wymaganymi informacjami dotyczącymi oprogramowania Kataster WZ z wyłącznym posiadaczem części tych informacji – odwołującym. Odwołujący stwierdził, że zapisy SIWZ nakazujące wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia dokonanie pewnych ustaleń z wykonawcami użytkowanych systemów informatycznych, szczególnie zaś oprogramowania Kataster WZ miały na celu zagwarantowanie zamawiającemu, że wyłoniony wykonawca, realizator przedmiotu zamówienia będzie przygotowany, zarówno formalnie, faktycznie jak i finansowo, na realizację przedmiotu zamówienia nie tylko za zaoferowaną cenę, ale również w zaoferowanym terminie, który to zgodnie z SIWZ był elementem oceny ofert. W ocenie odwołującego choć zamawiający nie dookreślił kiedy ustalenia pomiędzy oferentem a wykonawcą użytkowanego systemu informatycznego ma być wykonane, to oczywistym jest, że w celu prawidłowego sporządzenia oferty winny być one dokonane przed terminem jej złożenia. Odwołujący wskazywał również, że w harmonogramie załączonym przez wybranego wykonawcę do oferty nie przewidziano żadnego terminu na dokonanie ustaleń z wykonawcą użytkowanego oprogramowania po terminie zawarcia umowy. Podnosił również, iż uzgodnienia, o których pisze Zamawiający w treści SIWZ nie polegają wyłącznie na porozumieniu dwóch podmiotów co do faktu ewentualnej współpracy w przyszłości, ale powinny również odnosić się do sposobu wymiany danych i to danych niezbędnych do funkcjonowania oferowanego produktu. Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca nie dokonał z nim żadnych ustaleń, nawet w minimalnym zakresie, a zatem jego oferta nie gwarantuje i nie może gwarantować zamawiającemu, iż zaoferowany przez tego wykonawcę produkt będzie zintegrowany z obecnie wykorzystywanym oprogramowaniem, szczególnie z tym, które sam zamawiający wskazał, jako kluczowe dla niego. Ponadto w ocenie odwołującego wybrany wykonawca chcąc zaoferować realizację zamówienia i ją prawidłowo

wycenić powinien być ująć w cenie oferty szacowanie udostępnienia i wymiany prac polegających na wymianie danych z systemem Klaster WZ, w tym chociażby kosztu udostępnienia kodów źródłowych, ewentualnych licencji czy też dokumentacji. Tym samym odwołujący stwierdził również, iż zamawiający zaniechał wobec wybranego wykonawcy procedury wyjaśniającej o której mowa w art. 90 ustawy Pzp choć cena zaoferowana przez Wasko S.A. w sposób istotny odbiega od innych cen zaoferowanych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W dalszej kolejności odwołujący podnosił, iż oferta wykonawcy Wasko S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ również w zakresie Formularza Ofertowego co winno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, iż wybrany wykonawca w harmonogramie prac wskazał jako termin rozpoczęcia realizacji zarówno Etapu I jak i II tą samą datę. W ocenie odwołującego skoro w treści SIWZ zamawiający określił, że Opracowanie Dokumentacji Technicznej Implementacji Systemu (w skrócie DTIS) musi zostać najpierw przez niego zaakceptowane, zaś dopiero po akceptacji mogą być realizowane prace zgodne z treścią Opracowania DTIS to niemożliwym jest jednocześnie w „dniu podpisania umowy”, jak wykazał wykonawca Wasko S.A., rozpoczęcie prac nad Etapem I i Etapem II określonym w Formularzu Ofertowym. Zdaniem odwołującego rozpoczęcie jakiegokolwiek z etapu prac nad realizacją przedmiotu zamówienia nie może rozpocząć się w dniu podpisania umowy jak wskazał to wybrany wykonawca w złożonym harmonogramie. W ocenie odwołującego przyjęty przez Wasko S.A. sposób realizacji przedmiotu zamówienia jest niezgodny z treścią SIWZ i nie zakłada istotnego elementu prac mającego wpływ na termin realizacji zamówienia – uzgodnień i akceptacji Zamawiającego wszystkich, poszczególnych etapów prac.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podnosił, iż zamawiający składając oświadczenie o odtajnieniu części zastrzeżonych informacji nie wskazał nawet z jakich powodów nie uznał, iż zastrzeżone przez odwołującego informacje, będące bezsprzecznie tajemnicą przedsiębiorstwa, nie podlegają ochronie przewidzianej w przepisach prawa. W ocenie odwołującego zastrzeżone przez niego informacje spełniają wszystkie wskazane ustawowo wymagania dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący oświadczył, iż traktuje w szczególności wykaz dostaw łącznie z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie jako jeden dokument, jedną informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa i taką informację chroni zgodnie z obowiązującymi go przepisami i procedurami, a także informacji takiej, tworzonej ad hoc dla danego postępowania nie ujawnia do informacji publicznej. Dodatkowo odwołujący podniósł, że fakt, iż zamawiający odtajnia informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa po terminie wyboru oferty najkorzystniejszej, narusza zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego niedopuszczalna jest taka sytuacja, w której zamawiający najpierw dokonuje

czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a dopiero po terminie przewidzianym na wniesienie środków ochrony prawnej od tej czynności udostępnia utajnioną do tej pory treść oferty wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym czynność zamawiającego polegająca na stwierdzeniu, że dokona on odtajnienia dokumentów w terminie przypadającym po terminie wyboru oferty najkorzystniejszej, należy traktować jako nadużycie przysługującego prawa, a zatem jest to działanie niezgodne z art. 5 kodeksu cywilnego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Miasto Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Opracowanie i wdrożenie systemu Miejski System Zarządzania- Katowicka Infrastruktura Informacji Przestrzennej wraz z dostawą Infrastruktury sprzętowej, migracją i pozyskaniem danych, przeprowadzeniem szkoleń oraz świadczeniem usług promocji i asysty technicznej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2012 r., pod numerem 2012/S 248-410959.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, (część II, pkt 10, ppkt 3 – Przedmiot zamówienia i termin jego realizacji) w ramach zamówienia wykonawca zobowiązany jest m.in. do:

- 1) Opracowania:
 - a) Dokumentacji Technicznej Implementacji Systemu (DTIS) w oparciu o przeprowadzenie analizy funkcjonalnej dokumentacji projektowej w postaci załączników nr 6-9 do SIWZ oraz warsztaty z przedstawicielami użytkowników systemu,
 - b) Dokumentacji użytkownika (DU),
 - c) Dokumentacji powykonawczej systemu (DPS),
 - d) Planu promocji (PP),
 - e) Polityki bezpieczeństwa informacji (PBI),
 - f) Projektu regulaminów dotyczących korzystania z poszczególnych elementów systemu MSZ-KIIP,
 - g) Projektu zmian do procedur wewnętrznych zamawiającego, w tym zarządzeń i dokumentów precyzujących niezbędne procesy decyzyjne, zakres

zaangażowania kierownictwa i pracowników UMK w budowę, korzystanie i utrzymywanie systemu MSZ-KIIP.

- 2) Dostarczenia, instalacji i konfiguracji infrastruktury sprzętowej i oprogramowania:
 - a) Dostawa infrastruktury teleinformatycznej,
 - b) Instalacji i konfiguracji sprzętu i oprogramowania (w szczególności serwery aplikacji, baz danych i inne) z uwzględnieniem rozwiązań umożliwiających redundancję.
- 3) Wykonania usług w zakresie:
 - a) Zasilenia systemu MSZ-KIIP danymi przestrzennymi ze zbiorów źródłowych oraz systemów zewnętrznych,
 - b) Zasilenia systemu MSZ-KIIP rejestrami i ewidencjami funkcjonującymi u zamawiającego wraz z ich integracją przestrzenną,
 - c) Opracowanie profilu metadanych dla serii danych, zbiorów danych i usług,
 - d) Opracowanie metadanych zgodnie z profilem zasilenia nimi systemu MSZ-KIIP,
 - e) Przygotowania i przeprowadzenia testów akceptacyjnych i wydajnościowych.

Zgodnie z postanowieniami ppkt 3.6 pkt. 10.3) części II SIWZ, którego treść ustalono zmianą SIWZ z dnia 1 lutego 2013 r., zamawiający zastrzegł, że „(...) Jeżeli wykonawca przed złożeniem oferty zapozna się z organizacją pracy, stanem zasobu, ilością i rodzajem dokumentacji oraz rodzajem wykorzystywanego oprogramowania teleinformatycznego funkcjonującego w siedzibie Zamawiającego tj. pozyska informacje inne niż te opisane w siwz, to powinny zostać one zgłoszone Zamawiającemu. Zamawiający zdecyduje, czy te informacje powinny zostać uwzględnione w ofertach.”.

Zgodnie z postanowieniem pkt 11.2) części II SIWZ wykonawca zobowiązany był przedstawić zamawiającemu harmonogram prac, zgodnie ze wzorem przedstawionym w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Zamawiający wskazał również, iż wykonawca będzie realizował przedmiot umowy zgodnie z przedłożonym w ofercie harmonogramem prac, który będzie stanowił załącznik do umowy.

W pkt 19 cz. V SIWZ zamawiający wskazał, iż formą wynagrodzenia za przedmiot zamówienia zgodnie z projektem umowy jest wynagrodzenie ryczałtowe za całość zamówienia.

W części VI, pkt 23 SIWZ, którego treść ustalono zmianą SIWZ z dnia 1 lutego 2013 r. zamawiający określił, iż w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przyjął następujące kryteria przypisując im odpowiednio wagę procentową:

- 1) cena ofertowa brutto – 90%,
- 2) termin zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia – 10%.

Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do wskazania m.in. terminu rozpoczęcia i zakończenia realizacji poszczególnych etapów. Wzór Harmonogramu prac ustalony został ponadto treścią załącznika nr 6 do umowy.

W pkt 3 załącznika nr 6a do SIWZ zawierającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zamawiający określił oprogramowanie funkcjonujące w Urzędzie miasta Katowice oraz posiadaną infrastrukturę techniczną. Jednocześnie zamawiający w punkcie tym zastrzegł, iż „(...) Wykonawca we własnym zakresie uzgodni z firmami, których oprogramowanie zostało wdrożone u Zamawiającego, sposób udostępnienia i wymiany danych niezbędnych do funkcjonowania Systemu MSZ-KIIP.”.

W dniu 13 lutego 2013 r., zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w ten sposób, iż w rozdziale 3 załącznika nr 6a do SIWZ dodano pkt 3.1. Zgodnie z postanowieniami tego punktu zamawiający określił m.in., że „(...) Kluczowym systemem z uwagi na realizowane zadania jest system Kataster WZ, autorstwa firmy Sygnity. Wersja użytkowana przez Zamawiającego to 3.88.69. Licencja na oprogramowanie została udzielona Zamawiającemu w modelu „na serwer produkcyjny” użytkowany obecnie. (...) W wyniku dotychczasowych wdrożeń Zamawiający uzyskał i dysponuje wyłącznie dokumentacją użytkownika systemu, opisującą zasady korzystania z aplikacji głównej oraz modułów z perspektywy użytkownika. Dostęp do tej dokumentacji może zostać przyznany po rozstrzygnięciu przetargu. Z uwagi na brak w aplikacji dedykowanych funkcjonalności integracyjnych, niezbędne jest wykonanie integracji na poziomie struktur baz danych np. poprzez dedykowany widok bazodanowy. Zamawiający nie uzyskał w ramach dotychczasowych wdrożeń aplikacji dokumentacji opisującej strukturę danych ani sposób utrzymania baz danych.”.

Powyższą modyfikacją treści załącznika nr 6a do SIWZ zmieniona została również w ten sposób, iż w rozdziale 4 dodano pkt 4.1.8.16. Zgodnie z postanowieniami wskazanego punktu zamawiający m.in. nałożył na wykonawców następujące zobowiązanie: „(...) Wykonawca zapewni i zobowiąże się, że korzystanie przez Zamawiającego z dostarczonych produktów nie będzie stanowić naruszenia majątkowych praw autorskich osób trzecich, całość dostarczanego sprzętu i oprogramowania musi pochodzić z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów – do oferty należy dołączyć odpowiednie oświadczenie Wykonawcy.”. Ponadto w podrozdziale 4.1.8. załącznika nr 6a do SIWZ zamawiający określił minimalne parametry dla infrastruktury sprzętowej.

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach na kwotę 6.870.780,00 zł brutto oraz terminem realizacji zamówienia do dnia 28 lutego 2014 r.,
- 2) Konsorcjum firm: Sygnity S.A. oraz MGGP S.A. na kwotę 9.839.918,00 zł brutto oraz terminem realizacji zamówienia do dnia 30 kwietnia 2014 r.,

- 3) Konsorcjum firm: Neokart GIS Sp. z o. o., IPM Sp. z o. o., 2CONNTech Sp. z o. o. oraz Soflab Technology Sp. z o. o. na kwotę 8.804.661,04 zł brutto oraz terminem realizacji zamówienia 14 lipca 2014 r.

Izba ustaliła również, iż wykonawca Wasko S.A. zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje zawarte w:

- 1) wykazie wykonanych dostaw/usług,
- 2) wykazie osób,
- 3) wykazie narzędzi,
- 4) treści zobowiązania o udostępnieniu zasobów.

Ponadto Izba ustaliła, że Konsorcjum Sygnity zastrzegło, jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje zawarte w:

- 1) wykazie wykonanych dostaw/usług,
- 2) wykazie osób,
- 3) wykazie narzędzi, infrastruktury, licencji specjalistycznych,
- 4) dokumentach i oświadczeniach dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby,
- 5) treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

W odpowiedzi na wezwania zamawiającego z dnia 26 marca 2013 r., obaj w/w wykonawcy w określonym terminie złożyli wyjaśnienia dotyczące podstaw zastrzeżenia części oświadczeń i dokumentów, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2013 r., (przesłanym wykonawcom w tym samym dniu) zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach. Jednocześnie w piśmie kierowanym do Konsorcjum Sygnity, zamawiający poinformował, iż po upływie 10 dni od daty otrzymania tegoż pisma odtajni następujące dokumenty zastrzeżone w jego ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa tj.:

- 1) wykaz wykonanych dostaw/usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, w zakresie informacji, które do chwili obecnej zostały ujawnione w drodze publikacji.
- 2) wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia w zakresie imion i nazwisk oraz funkcji przy wykonywaniu zamówienia.
- 3) dokumenty i oświadczenia dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby,
- 4) zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 22 kwietnia 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty Przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów w pierwszej kolejności należy wskazać, iż potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy WASKO S.A. mimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ i nie zawiera zobowiązań wymaganych przez zamawiającego odnoszących się do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. W pkt 4.1.8.16 załącznika nr 6a do SIWZ zamawiający nałożył na wykonawców zobowiązanie odnoszące się do wymaganego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia polegające na zapewnieniu i zobowiązaniu się przez wykonawcę, że korzystanie przez zamawiającego z dostarczonych produktów nie będzie stanowić naruszenia majątkowych praw autorskich osób trzecich, a całość dostarczanego sprzętu i oprogramowania musi pochodzić z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów. Oświadczenie takie niewątpliwie należało dołączyć do oferty. Jak ustalono oferta wykonawcy Wasko S.A. takiego zobowiązania nie zawiera. Izba wskazuje w tym miejscu, iż powyższe zobowiązanie, które bezspornie należało zawrzeć w ofercie należy uznać za treść oferty. Zobowiązanie, że korzystanie przez zamawiającego z dostarczonych produktów nie będzie stanowić

naruszenia majątkowych praw autorskich osób trzecich, a całość dostarczanego sprzętu i oprogramowania będzie pochodzić z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów jest niczym innym jak oświadczeniem woli wykonawcy co do sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia. Brak takiego zobowiązania wprost uniemożliwia zamawiającemu weryfikację zgodności treści oferty z wymogami SIWZ. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt umiejscowienia powyższego wymogu w załączniku nr 6a do SIWZ zawierającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Dalej Izba wskazuje, iż zobowiązanie powyższe, jako treść oferty nie może być uzupełnione gdyż prowadziłoby wprost do jej zmiany. Tym samym wbrew twierdzeniom przystępującego w przedmiotowej sprawie nie może mieć zastosowania dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby zobowiązania wymaganego pkt 4.1.8.16 załącznika nr 6a do SIWZ nie sposób również uznać za dokument, potwierdzający, że oferowane w tym przypadku dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego gdyż nie jest to oświadczenie wiedzy na temat przedmiotu dostawy lub konkretnej usługi a wyłącznie jak już wyżej wskazano oświadczenie woli wykonawcy co do sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia. Wbrew twierdzeniom przystępującego powyższego zobowiązania nie mogą zastąpić ogólne oświadczenia zawarte w formularzu ofertowym, iż wykonawca akceptuje postanowienia SIWZ, zamierza realizować przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ czy też, że zaakceptował wzór umowy. W ocenie Izby tak ogólne oświadczenia nie mogą uzupełniać treści oferty o zobowiązanie o którym mowa w pkt 4.1.8.16 załącznika nr 6a do SIWZ. Tym samym za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Wasko SA mimo, iż wykonawca ten nie dokonał wymaganych przez zamawiającego w SIWZ i niezbędnych do prawidłowej wyceny oferty ustaleń z wykonawcą kluczowego dla wykonania przedmiotu zamówienia oprogramowania Kataster ZW Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez odwołującego. Izba zwraca uwagę, że zamawiający, co potwierdził również odwołujący w treści odwołania, nie określił kiedy ustalenia z wykonawcą posiadanego oprogramowania mają być dokonane. Jedynie sam odwołujący stwierdza, że winno to odbyć się przed złożeniem oferty. Stanowisko takie nie znajduje żadnego potwierdzenia w treści SIWZ. W ocenie Izby za nieudowodnione należy uznać twierdzenia odwołującego, iż wybrana oferta nie obejmuje całego zakresu zamówienia. Gdyby przyjąć za zasadną argumentację odwołującego, za niezgodną z treścią SIWZ należałoby uznać również ofertę samego odwołującego. Odwołujący zdaje się pomijać fakt, iż lista oprogramowania użytkowanego przez zamawiającego nie zawiera jedynie oprogramowania Kataster ZW. Skoro zatem, jak twierdził odwołujący, należało dokonać niezbędnych ustaleń z wykonawcą posiadanego

przez zamawiającego oprogramowania przed złożeniem oferty, to jak przyznał odwołujący na rozprawie, on również takich ustaleń nie dokonał. Również nie można zgodzić się z odwołującym, że zamawiający wymagał dokonania niezbędnych ustaleń z wykonawcą oprogramowania Kataster ZW. W ocenie Izby zamawiający nie wymagał dokonania koniecznych ustaleń z wykonawcami posiadanego oprogramowania przed złożeniem oferty czy też wykazania tego faktu w treści oferty. Na powyższe brak zapisów SIWZ. Tym samym rozpatrywany zarzut nie potwierdził się również w zakresie twierdzeń odwołującego że oferta przystępującego nie zawiera wszystkich elementów niezbędnych do realizacji zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ i w konsekwencji zawiera rażąco niską cenę. Za niezasadną należało również uznać argumentację odwołującego, iż oferta przystępującego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie określenia terminów rozpoczęcia realizacji Etapu II. W treści SIWZ brak jest zapisów zakazujących określenia daty rozpoczęcia realizacji Etapu II jako daty zawarcia umowy. Tym samym nie sposób mówić o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ. Sam odwołujący nie był w stanie wskazać z którymi to postanowieniami SIWZ oferta przystępującego w zakresie określenia terminu rozpoczęcia Etapu II jako daty zawarcia umowy jest niezgodna. Wbrew własnej argumentacji, że realizacja Etapu II może rozpocząć się dopiero po zakończeniu Etapu I (konieczność zatwierdzenia dokumentacji przez zamawiającego) również odwołujący w swojej ofercie określił datę rozpoczęcia realizacji Etapu II wcześniejszą niż data zakończenia Etapu I.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie przychyliła się do stanowiska odwołującego. Izba podzieliła argumentację zamawiającego prezentowaną w odpowiedzi na odwołanie. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r., o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Należy zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że jeżeli pewne informacje zostały ujawnione lub zostaną ujawnione po podpisaniu umowy to tracą one przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. W przedmiotowej sprawie zamawiający wskazywał, że informacje dotyczące wykonanych przez odwołującego dostaw/usług zostały ujawnione czemu odwołujący w żaden sposób nie przeczył. Podobnie należało podzielić stanowisko zamawiającego co do ujawnienia imion i nazwisk osób wskazanych do realizacji przedmiotowego zamówienia, skoro wykaz tych osób jako załącznik do umowy będzie jawny. Tym samym w ocenie Izby nie narusza dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp odtajnienie przez zamawiającego zakresu informacji wskazanych w zawiadomieniu. Nie potwierdził się również zarzut odtajnienia przez zamawiającego informacji w zakresie podmiotu udostępniającego

zasoby oraz części wykazu wykonanych dostaw/usług przed upływem terminu 10 dni od dnia dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, mimo, iż zamawiający zastrzegł, że takiego odtajnienia dokona po upływie tego terminu, gdyż jak wskazał zamawiający informacje takie nie były udostępniane żadnemu innemu wykonawcy. Przeciwnie stanowisko nie znajduje żadnego dowodu.

Na marginesie Izba wskazuje na nieprawidłowy sposób postępowania w zakresie odtajnienia informacji uznanych przez wykonawców za tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba wskazuje, iż wszystkie czynności w tym również badanie w zakresie zasadności zastrzeżenia części oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa winny odbyć się do wyboru oferty najkorzystniejszej. Za nieprawidłowe należy uznać działanie zamawiającego polegające na odtajnieniu części informacji dopiero 10 dni po wyborze oferty najkorzystniejszej. Skoro jak twierdził na rozprawie odwołujący działanie takie miało na celu ochronę wykonawców i chciał on odczekać z odtajnieniem do upływu terminu na wniesienie środków ochrony prawnej od tej czynności winien był wstrzymać się z wyborem oferty najkorzystniejszej. Niewątpliwie czynność badania zasadności zastrzeżenia części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa mieści się w czynności badania i oceny ofert. Podejmując decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający, winien również był odtajnić treść ofert skoro uznał, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, dając tym samym wszystkim wykonawcom możliwość zapoznania się z tymi informacjami. Tym samym należało uznać, iż zamawiający naruszył dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w dziale VI przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym Izba pominęła w rozważaniach zarzut naruszenia art. 5 Kodeksu cywilnego gdyż nie wskazuje on na naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: