

Sygn. akt: KIO/UZP 112/09

WYROK
z dnia 17 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 05.02.2009 r. i 12.02.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: WASKO S.A., DESIGNERS A. Jagura, Ż. Jagura Sp. J., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia 09.01.2009r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: „BULL Polska” Sp. z o.o., NEOKART GIS Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: ComArch S.A., GIS Partner Sp. z o.o., Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o., Geo Technologies Sp. z o.o., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: WASKO S.A., DESIGNERS A. Jagura, Ż. Jagura Sp. J., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: WASKO S.A., DESIGNERS A. Jagura, Ż. Jagura Sp. J., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: WASKO S.A., DESIGNERS A. Jagura, Ż. Jagura Sp. J., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: WASKO S.A., DESIGNERS A. Jagura, Ż. Jagura Sp. J., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6.**

U z a s a d n i e

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „usługę w zakresie dostawy i wdrożenia wraz z utrzymaniem systemu informatycznego typu GIS wspomagającego proces pozyskiwania gruntów zarządzania nieruchomościami dla

potrzeb Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad o nazwie System Informacji o Nieruchomościach (SloN) - pod klucz." Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 maja 2008 r. nr ogłoszenia: 2008/S 85-115690.

W dniu 31 grudnia 2008 r. pismem z dnia 30 grudnia 2008 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum firm: Bull Polska Sp. z o.o. i Neokart GIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum Bull) oraz o odrzuceniu pozostałych czterech ofert złożonych przez wykonawców, w tym oferty Konsorcjum firm: WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach i DESIGNERS A. JAGURA, Ż. JAGURA Sp. j. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum WASKO).

Konsorcjum WASKO wniosło protest wobec wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz wobec zaniechania przez zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego. Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania, że oferta odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, odwołujący podał, że protest dotyczy także zaniechania przez zamawiającego poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, a także wobec zaniechania niezwłocznego zawiadomienia odwołującego o dokonaniu takich poprawek.

Odwołujący zarzucił w proteście naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 92 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, oraz innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia. Z ostrożności procesowej wskazał na naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wykonawca wniosł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Bull, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Z ostrożności procesowej odwołujący wniosł także o dokonanie poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty oraz niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy o dokonaniu takich poprawek.

W uzasadnieniu protestu odwołujący stwierdził, co następuje:

1. Odnośnie zarzutu zaniechania podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp podanie uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy jest obowiązkiem zamawiającego i wynika z konieczności zapewnienia

wykonawcy możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. W przypadku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający winien szczegółowo i wyczerpująco wyjaśnić, dlaczego treść oferty jest niezgodna z treścią siwz, aby wykonawca mógł zweryfikować poprawność decyzji zamawiającego i skutecznie ją zakwestionować poprzez wniesienie protestu. Odwołujący podniósł, że zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty, ograniczył się do jednego zdania, nie wyjaśnił dlaczego zaproponowane przez odwołującego rozwiązania „są sprzeczne z pkt 1.2.12, 1.2.13, 1.2.17, 1.2.18, 1.2.20 i 1.2.29 załącznika nr 1 do SIWZ.” W ocenie odwołującego, zastrzeżenie części oferty objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, dokonane zgodnie z prawem, nie upoważnia zamawiającego do rezygnacji z podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty. Tym bardziej, że zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest skuteczne wobec wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał. Nie ma zatem żadnych przeszkód, aby zamawiający podał odwołującemu wykonawcy „dalsze szczegóły uzasadnienia merytorycznego” decyzji o odrzuceniu oferty.

2. Odnośnie zarzutu dotyczącego bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego, pomimo że treść oferty odpowiada treści siwz.

Odwołujący stwierdził, że treść jego oferty jest w pełni zgodna z treścią siwz, a w szczególności z pkt. 1.2.12, 1.2.13, 1.2.17, 1.2.18, 1.2.20 i 1.2.29 załącznika nr 1 do siwz. Zamawiający nie wykazał, zdaniem odwołującego, iż jego oferta nie odpowiada treści siwz, ani nie wyjaśnił, w jaki sposób odpowiedzi udzielone w piśmie z dnia 16.12.2008 r. na pytania nr 5 i 6, zadane przez zamawiającego w piśmie z dnia 11.12.2008 r., miałyby przesądzać o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Podniósł, że o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz przekonała zamawiającego nie treść samej oferty lecz treść złożonych wyjaśnień.

Odwołujący oświadczył ponadto, że dalsza część pkt 2. uzasadnienia (zawarta w załączniku do protestu) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) oraz nie podlega ujawnieniu innym uczestnikom postępowania na podstawie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp. Stanowi ona tajemnicę przedsiębiorcy, o której mowa w art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198) i nie podlega ujawnieniu także żadnym osobom fizycznym, prawnym oraz jednostkom organizacyjnym nie posiadającym osobowości prawnej, oprócz pracowników lub osób, którymi posługuje się zamawiający przeprowadzając postępowanie.

3. Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania poprawienia w ofercie protestującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty oraz zaniechania niezwłocznego zawiadomienia protestującego o dokonaniu poprawek odwołujący podniósł, że z treści zawiadomienia o odrzuceniu ofert wynika,

że zamawiający nie zbadał, czy rzekomych niezgodności oferty odwołującego z treścią siwz nie da się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający pominął ustawowy nakaz poprawienia omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu przyłączyli się wykonawcy:

1. Konsorcjum firm: ComArch S.A., GIS Partner Sp. z o.o., Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o. i Geo Technologies Sp. z o.o. z siedzibą Lidera Konsorcjum w Krakowie,
2. Konsorcjum firm: Bull Polska Sp. z o.o. i Neokart GIS Sp. z o.o. z siedzibą Lidera Konsorcjum w Warszawie.

Obaj wykonawcy wniesli o oddalenie protestu.

Zamawiający rozstrzygnął protest przez oddalenie. Odnosząc się do zarzutów zamawiający wskazał, co następuje.

Nie jest prawdziwe twierdzenie, iż uzasadnienie decyzji zamawiającego nie zawiera informacji na temat niezgodności treści oferty protestującego z treścią siwz. Zamawiający stwierdził, że punkty, które zostały wymienione w decyzji precyzyjnie wskazują, na czym polega niezgodność oferty z treścią siwz i przywołał w treści rozstrzygnięcia zapisy siwz. Natomiast, wyjaśnienia wykonawcy pozwalają na lepsze zrozumienie treści oferty, w tym potwierdzają niezgodność zaoferowanych w ofercie rozwiązań ze wskazanymi wymaganiami siwz. Stan faktyczny został podany w uzasadnieniu odrzucenia oferty w sposób mniej opisowy, w takim zakresie, w jakim pozwalało na to zastrzeżenie informacji zawartych w ofercie (i w wyjaśnieniu treści oferty) przez Konsorcjum WASKO jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Stwierdził także, że nie jest prawdą, iż przesłana odwołującemu informacja w ogóle nie zawiera takiego uzasadnienia. Zważywszy na art. 92 ust.1 pkt 2 Pzp zamawiający musiał pogodzić konieczność dochowania tajemnicy przedsiębiorstwa i ustawowy obowiązek ujawnienia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty.

Zamawiający załączył do rozstrzygnięcia protestu dalsze uzasadnienie, zawierające informacje zastrzeżone przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że nie zaniechał poprawienia w ofercie protestującego omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, gdyż stwierdzone niezgodności nie mają charakteru omyłek. Poprawienie omyłki możliwe (i obowiązkowe) jest wówczas, gdy zamawiający wie, jaką treść wykonawca omyłkowo wpisał (lub nie wpisał) w swojej ofercie. W niniejszym przypadku zamawiający nie stwierdził, iż oferta protestującego zawiera omyłki, a tym samym nie mógł dokonać oceny czy ich poprawienie powodowałoby istotne zmiany w jej treści.

Od rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum WASKO wniosło odwołanie, w którym podtrzymało zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 92 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego oraz poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że treść oferty odpowiada treści siwz. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą, w tym zakresie, w proteście.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu, odwołujący podniósł, że zamawiający dopiero do rozstrzygnięcia protestu załączył merytoryczne uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego, które w rzeczywistości stanowi uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego. Załącznik ten został przesłany wyłącznie do odwołującego. Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp nie wyłącza, ani nie uchybia przepisowi art. 8 ust. 3 Pzp. Zamawiający mógł łatwo pogodzić obowiązek wynikający z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp z regulacją art. 8 ust. 3 Pzp, tak samo jak to uczynił przy przekazywaniu rozstrzygnięcia protestu złożonego przez odwołującego.

Odwołujący załączył do odwołania dalszą część pkt 2. uzasadnienia, zastrzegając, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie podlega ujawnieniu innym uczestnikom postępowania, a jednocześnie stanowi tajemnicę przedsiębiorcy, o której mowa w art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej i nie podlega ujawnieniu także osobom fizycznym, prawnym oraz jednostkom organizacyjnym nie posiadającym osobowości prawnej, oprócz pracowników lub osób, którymi posługuje się zamawiający przeprowadzając postępowanie.

Działając na podstawie art. 188 ust. 1 Pzp w związku z art. 188 ust. 3 i 4 Pzp odwołujący złożył w odwołaniu wnioski o powołanie biegłego w dziedzinie informatyki w celu jednoznacznego ustalenia, czy oferta odwołującego, w świetle odpowiedzi udzielonej przez odwołującego w piśmie z dnia 16. 12.2008 r. na pytania nr 5 i 6 zadane przez zamawiającego w piśmie z dnia 11.12.2008 r., faktycznie jest sprzeczna z pkt 1.2.12, 1.2.13, 1.2.17, 1.2.18, 1.2.20 i 1.2.29 załącznika nr 1 do siwz.

Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy:

1. Konsorcjum firm: ComArch S.A., GIS Partner Sp. z o.o., Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o. i Geo Technologies Sp. z o.o. z siedzibą Lidera Konsorcjum w Krakowie,
2. Konsorcjum firm: Bull Polska Sp. z o.o. i Neokart GIS Sp. z o.o. z siedzibą Lidera Konsorcjum w Warszawie.

Obaj wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów, przedłożonych do akt sprawy oraz złożonych na rozprawie wyjaśnień stron i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uznając, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się domniemanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego. Odwołujący utraciłby w ten sposób możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z brzmieniem art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dziennik Ustaw Nr 171 poz. 1058) do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczące przesłanek odrzucenia oferty i przepisy działu VI ustawy, w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

Odnosząc się do, podniesionego przez odwołującego - zarzutu dotyczącego braku podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, Izba uznała - zarzut powyższy za niezasadny.

Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego, niezwłocznie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, do zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Powyższy obowiązek zamawiającego wiąże się z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości

korzystania ze środków ochrony prawnej. Wskazany przepis nie określa stopnia szczegółowości informacji, dlatego należy przyjąć, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty i skorzystanie z prawa do wniesienia protestu oraz ewentualnie - odwołania. W ocenie Izby, w przypadku wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty, dotyczącej niezgodności treści oferty z treścią siwz, aby umożliwić wykonawcy obronę, zamawiający jest zobowiązany wskazać, w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji, konkretne postanowienia lub wymagania zawarte w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którym, jego zdaniem, nie odpowiada treść oferty złożonej przez wykonawcę. Pozytywnym elementem takiego uzasadnienia jest wskazanie przez zamawiającego również tej treści oferty, którą uznał, za niezgodną z siwz. Nie jest to jednak możliwe w każdym przypadku. W szczególności, nie jest to możliwe w przypadku stwierdzenia braków w treści oferty, które stanowią o niezgodności z siwz oraz w sytuacji, gdy na przykład dana część oferty została zastrzeżona przez wykonawcę jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy przyjąć, iż w tych przypadkach wskazanie postanowień i wymagań siwz, którym nie odpowiada treść oferty, stanowi minimalną informację, która umożliwia wykonawcy podjęcie obrony własnej oferty.

W treści pisma z dnia 30 grudnia 2008 r., którym zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu oferty, zamawiający podał, że:

- zaofertowane przez odwołującego rozwiązanie nie spełnia wymogów siwz z wyszczególnieniem konkretnych podpunktów „założeń merytorycznych” dotyczących przedmiotu zamówienia, opisanych w załączniku nr 1 do siwz,
- niezgodność powyższa została potwierdzona w treści wyjaśnień zamawiającego, wskazując szczegółowo odpowiedzi na pytania nr 5 i 6 pisma z dnia 16 grudnia 2008r.

Na wskazanych, w ten sposób, okolicznościach faktycznych zamawiający oparł decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający wyjaśnił przy tym, że szczegółowe uzasadnienie merytoryczne nie może zostać ujawnione ze względu na zastrzeżenie przez wykonawcę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, w danym stanie faktycznym, z uwzględnieniem faktu zastrzeżenia części oferty i wyjaśnień przez odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, podane przez zamawiającego uzasadnienie faktyczne nie narusza art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający podał informacje w sposób rzeczowy, zapewniając odwołującemu możliwość odniesienia treści jego oferty do konkretnych zapisów (wymagań) zawartych w siwz, z uwzględnieniem wyjaśnień treści oferty udzielonych przez odwołującego na konkretne pytania zamawiającego. Ponadto, Izba zważyła, że z treści uzasadnienia protestu wniesionego przez odwołującego wynika, że odwołujący dokonał prawidłowej interpretacji podanych przez

zamawiającego okoliczności faktycznych. Zastosowana przez zamawiającego formuła uzasadnienia faktycznego nie utrudniła zatem odwołującemu korzystania ze środków ochrony prawnej. Izba nie stwierdziła przy tym naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ani zasady jawności postępowania z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty otrzymali informację tej samej treści. Zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, informacje, zawarte w ofercie odwołującego, nie zostały ujawnione. Ponadto zauważyć należy, że zamawiający, w ten sam sposób sformułował uzasadnienie odrzucenia oferty innego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu, który podobnie jak odwołujący zastrzegł część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe okoliczności potwierdzają, że zamawiający w sposób równy traktował wykonawców w tym postępowaniu. Izba nie stwierdziła zatem naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 i w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. W ocenie Izby, ograniczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia może następować wyjątkowo i tylko w sytuacjach rzeczywiście uzasadnionych. O ile wyłączenie jawności może być uzasadnione w stosunku do treści oferty stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, o tyle w stosunku do czynności zamawiającego i ich uzasadnienia (wybór oferty, wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty, rozstrzygnięcie protestu) wyłączenie jawności treści decyzji nie jest wskazane, skoro zamawiający ma możliwość odniesienia się odpowiednio do treści niejawnych oferty poprzez wskazanie stron, punktów lub akapitów oferty, bez opisywania danej treści. W świetle powyższego, w ocenie Izby, zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia nie może być ograniczana w ten sposób, że uzasadnienie decyzji zamawiającego oraz korzystanie ze środków ochrony prawnej przeradza się faktycznie w korespondencję pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, który zastrzegł część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, z pominięciem innych uczestników postępowania.

Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucając ofertę odwołującego, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 66 § 1 k.c. oferta stanowi oświadczenie woli jednej strony kierowane do drugiej strony, które zawiera propozycję zawarcia umowy i określa jej istotne postanowienia. Ofertę stanowi więc stanowcze oświadczenie woli zawarcia konkretnej umowy. Musi więc precyzować istotne postanowienia umowy, czyli postanowienia przedmiotowo istotne, które stanowią minimalną treść oferty. Brak tych istotnych postanowień odbiera oświadczeniu woli charakter oferty. Nie oznacza to jednak, że oferta nie może zawierać także innych postanowień, które należą do jej treści i wymagają bezwarunkowej akceptacji przez adresata oferty. Ze szczególnymi wymaganiami w tym zakresie mamy do czynienia w przypadku zamówień publicznych, które realizowane są na

gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku zamówień publicznych wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia oraz inne postanowienia przedmiotowo istotne, bez których nie może dojść do zawarcia umowy o zamówienie publiczne, określa zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak już sama nazwa wskazuje siwz zawiera warunki istotne, a zatem oferta nie spełniająca wymagań specyfikacji nie może zostać przyjęta przez zamawiającego. Stosownie do brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji w szczególności wówczas, gdy wykonawca oferuje zamawiającemu przedmiot inny niż przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego w siwz, w tym nie spełniający określonych w specyfikacji wymagań i parametrów technicznych.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik nr 1 do siwz) przedmiot zamówienia określił, że system musi wykazywać m.in. następujące funkcjonalności:

Pkt 1.2.12 "System musi mieć możliwość równoległego przechowywania informacji o nieruchomościach i działkach ewidencji gruntów w przypadku gdy ich granice nie są tożsame. Konieczna jest także funkcja weryfikacji poprawności informacji o działkach i nieruchomościach (tzw. rozliczanie nieruchomości w działkach ewidencyjnych)."

Pkt 1.2.13 "System musi przechowywać i analizować informacje o służebnościach gruntowych. W szczególności podczas analiz dostępności gruntów i budynków do dróg publicznych z uwzględnieniem możliwych wjazdów i zjazdów."

Pkt 1.2.17 "Na etapie wczytywania lub importu danych, System musi weryfikować dane pod względem ich zgodności z wymogami w/w standardów (głównie SGDoN), kompletności i spójności. Wynikiem weryfikacji musi być raport błędów."

Pkt 1.2.18 "System musi mieć możliwość uprecyzjowania danych ogólnych na podstawie stopniowo pozyskiwanych danych szczegółowych (np. ujednoczenie granic jednostek administracyjnych nadrzędnych w stosunku do granic działek i obrębów lub weryfikacja przebiegu linii środkowej drogi)"

Pkt 1.2.20 "System musi posiadać elastyczne metody wyszukiwania danych, a w szczególności musi pozwalać na płynne i bieżące lokalizowanie/wyszukiwanie obiektów z bazy danych na podstawie współrzędnych geograficznych/prostokątnych, numerów dróg i pikietaża, położenia w jednostkach podziału administracyjnego państwa do poziomu obrębu ewidencji gruntów łącznie."

Pkt 1.2.29 "System musi mieć możliwość wykonywania analiz przestrzennych polegających na weryfikacji dostępności działek budynków do dróg publicznych."

Zamawiający określił w specyfikacji m.in. formularz cenowy zawierający m.in. tabelę nr 4 dla aplikacji dedykowanej i tabelę nr 5 dla oprogramowania narzędziowego.

Definicję aplikacji dedykowanej zamawiający podał w § 1 pkt 2 projektu umowy, stanowiącej załącznik do siwz, stwierdzając, że „jest to oprogramowanie wykonane przez wykonawcę, wchodzące w skład systemu, a nie będące oprogramowaniem narzędziowym”. Natomiast oprogramowanie narzędziowe zostało zdefiniowane w § 1 pkt 14 projektu umowy jako „oprogramowanie bazodanowe, oprogramowanie narzędziowe GIS oraz inne oprogramowanie niezbędne do prawidłowej instalacji oraz uruchomienia i funkcjonowania systemu (oprogramowanie służące do administracji i zarządzania sprzętem komputerowym, systemem operacyjnym i systemem zarządzania bazą danych, oprogramowanie komunikacyjne umożliwiające połączenie stacji dostępowych do serwera bazy danych, systemy operacyjne, systemy do archiwizacji danych – backup).”

Składając ofertę odwołujący zastrzegł, iż część oferty od strony 26 do strony 86 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a wobec tego informacje zawarte w tej części oferty nie mogą być udostępniane osobom trzecim, w tym również innym uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia. W zakresie informacji technicznych i technologicznych odnoszących się do treści oferty w części zastrzeżonej, Izba wyłączyła jawność części rozprawy. Do udziału w tej części rozprawy zostały dopuszczone tylko strony postępowania odwoławczego: zamawiający i odwołujący. Uzasadnienie niniejszego orzeczenia w powyższym zakresie zostało sporządzone z pominięciem zastrzeżonych informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Stosownie do wymagań zamawiającego, odwołujący w formularzu cenowym zawartym w ofercie określił zaoferowane oprogramowanie bazodanowe (tabela 5, poz. 1 str. 16 oferty) jako „Oracle 10g R2 – zgodnie z opisem koncepcji rozwiązania bazodanowego dla GDDKiA” oraz oprogramowanie narzędziowe GIS (tabela 5, poz. 2 str. 16 oferty) jako „ArcGIS Server 9.3/ESRI, ArcView 9.3/ESRI”, wraz z ceną ww. oprogramowania. Udzielając wyjaśnień na pytania zamawiającego, w piśmie z dnia 16 grudnia 2008 r. odwołujący wskazał (odpowiedź ad. 1, ad.2 i ad. 4) ilość licencji zaoferowanego oprogramowania bazodanowego: Oracle Database Standard Edition (4 licencje) i Oracle Database Standard Edition One (16 licencji) oraz oprogramowania narzędziowego GIS: ArcGIS Server Enterprise Advanced 9.3 (licencja na serwer o max. 4 rdzeniach) i ArcGIS ArcView 9.3 (17 licencji).

W tabeli 4 pn. Cena Aplikacji Dedykowanej (str. 15 oferty) odwołujący określił 6 pozycji aplikacji dedykowanej, czyli wykonanej przez odwołującego na specyficzne zapotrzebowanie ze strony zamawiającego wraz z podaniem ceny za aplikację.

W tabeli 3 pn. Cena za realizację etapu III (obejmującego dostawę, instalację i konfigurację niezbędnego środowiska informatycznego) w pozycji 1 zawarł cenę wynikającą z zsumowania pozycji zawartych w tabeli 4 (pozycja razem), natomiast w poz. 2 zawarł cenę wynikającą z zsumowania pozycji zawartych w tabeli 5 (pozycja razem).

W załączniku nr 4 do oferty odwołujący zawarł opis koncepcji oferowanego rozwiązania, organizacji prac i metodyki wdrożenia.

Zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści złożonej oferty (pismo zamawiającego z dnia 11.12.2008 r.). Odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z dnia 16.12.2008 r.

Zgodnie z treścią odpowiedzi na pytania zamawiającego – odpowiedź na pytanie 4 uszczegóławiając rodzaj oprogramowania opisanego w formularzu cenowym, odwołujący wskazał, że oferuje oprogramowanie Oracle Database Standard Edition i Oracle Database Standard Edition One. Natomiast treść odpowiedzi na pytania m.in. nr 5 „Prosimy o określenie narzędzia, jakie Wykonawca będzie wykorzystywał do budowy systemu - Oracle Locator czy Oracle Spatial?” oraz pytanie nr 6 "Prosimy o podanie, w jaki sposób Wykonawca przewiduje przetwarzanie i edycję topologicznych danych przestrzennych przy użyciu ArcGIS w najśłabszej wersji ArcView. Czy jest przewidywana edycja danych z wersjonowaniem", została zastrzeżona przez odwołującego jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa.

W wyniku badania oferty odwołującego, z uwzględnieniem udzielonych przez odwołującego wyjaśnień treści oferty, zamawiający uznał, że system zaoferowany przez odwołującego nie spełnia funkcjonalności opisanych w pkt 1.2.12, 1.2.13, 1.2.17, 1.2.18, 1.2.20 i 1.2.29 załącznika nr 1 do SIWZ, a zatem nie spełnia wymagań postawionych w siwz przedmiotowi zamówienia, w związku z brakiem zapewnienia obsługi topologii w oferowanym systemie oraz brakiem zapewnienia funkcjonalności obsługi LRS (linear referencing system).

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że w treści oferty potwierdził spełnienie przez zaoferowany system wszystkich wymagań zamawiającego zawartych w załączniku nr 1 do siwz. Podkreślił, że wyjaśnienia treści oferty, zawarte w piśmie odwołującego z dnia 16 grudnia 2008 r. nie są sprzeczne z tymi wymaganiami, natomiast rozwiązanie zaproponowane w ofercie zapewnia wymagane funkcjonalności.

Odwołujący przyznał w odwołaniu fakt, iż baza danych Oracle 10g w wersji Standard Edition lub Standard Edition One i narzędzie wskazane w odpowiedzi na pytanie nr 5 nie obsługuje topologicznego modelu danych, a także okoliczność, iż baza danych Oracle 10g w wersji Standard Edition lub Standard Edition One nie obsługuje funkcjonalności LRS.

W toku rozprawy, na podstawie zgromadzonych dowodów, w tym oświadczeń producentów oprogramowania firmy Oracle i ESRI, złożonych przez wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego oraz przez odwołującego, Izba ustaliła,

że funkcja topologii logicznej może być zapewniona przez różne narzędzia, produkowane przez różnych producentów w tym np. rozwiązania firmy Oracle lub firmy ESRI oraz inne.

Biorąc pod uwagę powyższe, a także treść formularza cenowego nr 5 i treść załącznika nr 4 do oferty odwołującego, Izba uznała, że odwołujący nie zaoferował innego oprogramowania narzędziowego ponad to, które zostało zawarte w formularzu cenowym. Ponadto, skoro zgodnie z definicją zawartą w § 1 pkt 2 projektu umowy, oprogramowanie narzędziowe nie może być zawarte w aplikacji dedykowanej, wchodzącej w skład systemu, należało uznać, że odwołujący nie zaoferował własnego oprogramowania narzędziowego. Odwołujący nie opisał w treści oferty innego rozwiązania, które zapewniłoby realizację wymagań zamawiającego w zakresie podnoszonych funkcjonalności systemu, określonych w punktach 1.2.12, 1.2.13, 1.2.17, 1.2.18, 1.2.20 i 1.2.29 załącznika nr 1 do siwz.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zamawiającego, iż wyjaśnienia odwołującego udzielone w piśmie z dnia 16.12.2008 r. na pytanie nr 5 potwierdzają jednoznacznie rodzaj oprogramowania narzędziowego, którego odwołujący użyje w budowie systemu, które to oprogramowanie nie zapewnia realizacji wymaganych funkcjonalności – fakt przyznany przez strony postępowania.

Odwołujący stwierdził w toku rozprawy, że oprogramowanie własne Konsorcjum WASKO zostało zaoferowane „między innymi” tabeli nr 4 formularza ofertowego, nie wskazał jednak przy tym innych miejsc oferty, które potwierdzałyby ten fakt. Odwołujący, opisując na rozprawie oferowane rozwiązanie, twierdzenia w zakresie jego zgodności z wymaganiami siwz poparł opinią Izby Rzecznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego w Warszawie. Izba zważyła, że w toku rozprawy rozwiązanie to zostało w bardzo istotnym stopniu skonkretyzowane (doprecyzowane) w stosunku do opisu zawartego w odwołaniu, w celu wykazania, iż spełnia ono wymagania zamawiającego. W ocenie Izby, oba powyższe opisy i wyjaśnienia prowadzą do uzupełnienia treści oferty, ponieważ treść oferty nie zawiera informacji, na których, w toku postępowania odwoławczego, odwołujący oparł twierdzenie o zapewnieniu przez oferowany system wymaganych przez zamawiającego funkcjonalności. Odwołujący nie wykazał, iż podnoszone twierdzenia znajdują wyraźne oparcie i potwierdzenie w treści oferty. Izba uznała, że z treści zapisu zawartego przez odwołującego w pkt 6.1 załącznika nr 4 do oferty (moduł SION), który wskazał odwołujący, nie wynika, że zostało zaoferowane rozwiązanie zapewniające funkcję topologii logicznej danych przestrzennych, a odpowiedź odwołującego na pytanie nr 6 nie potwierdza zapewnienia ww. funkcji, pomimo złożonego oświadczenia w tym zakresie. W świetle powyższego należało uznać, że oferta odwołującego nie zawiera rozwiązania zapewniającego realizację tej funkcjonalności.

Odwołujący powołał się na ten sam, wskazany powyżej, zapis w ofercie, uzasadniając, iż stanowi on także potwierdzenie zaoferowania rozwiązania, które zapewnia funkcjonalność

LRS. Izba wzięła jednak pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego w tym zakresie, w świetle których zapisy j.w. zawarte w ofercie odwołującego nie zapewniają powyższej funkcjonalności LRS.

Zdaniem Izby, wskazany przez odwołującego w toku rozprawy, ogólny zapis zawarty w pkt 1. 3 opisu sposobu działania systemu (zdanie pierwsze) (załącznik nr 4 do oferty), również nie może stanowić potwierdzenia zaoferowania rozwiązania, przedstawionego przez odwołującego na rozprawie. Rozwijając treść powyższego zapisu, z uwagi na jego ogólny charakter, można dojść do bardzo różnych rozwiązań szczegółowych w zależności od treści postawionej tezy. Powiązanie zatem tego zdania z twierdzeniami odwołującego na rozprawie nie dowodzi w jakimkolwiek stopniu faktu, iż oferta proponuje takie szczegółowe rozwiązanie. Izba uznała, iż opisane przez odwołującego na rozprawie i w odwołaniu rozwiązanie, nie znajduje potwierdzenia również w treści diagramu przedstawiającego w ofercie odwołującego architekturę SION (str. 29 oferty). Przeciwnie, diagram ten wręcz potwierdza tezę, iż rozwiązanie zaproponowane w ofercie nie jest tożsame z rozwiązaniem opisanym przez odwołującego na rozprawie.

W świetle powyższego, Izba uznała, że treść oferty oraz wyjaśnień z dnia 16 grudnia 2008 r. nie potwierdza faktu, iż rozwiązanie przedstawione w ofercie spełnia wymagania specyfikacji w zakresie opisanych funkcjonalności. Niezależnie od okoliczności, czy opisane przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego rozwiązanie spełnia w pełnym zakresie wymagania zamawiającego opisane w siwz (wątpliwość budzi jednolitość technologiczna aplikacji, która w ocenie Izby nie została wykazana przez odwołującego), Izba uznała, że w treści oferty odwołujący nie zawarł opisu tego rozwiązania. Oświadczenie wykonawcy o realizacji funkcjonalności przez zaoferowany system nie jest wystarczająca dla stwierdzenia zgodności treści oferty z treścią specyfikacji, zwłaszcza w przypadku, gdy zamawiający wymaga opisanego przez wykonawców w ofercie oferowanych rozwiązań (załącznik nr 4 do siwz), które mają zapewniać realizację wymagań technicznych, w tym opisanych funkcjonalności (załącznik nr 1 do siwz). Tym bardziej niezrozumiałe jest postępowanie odwołującego, który zdając sobie sprawę, iż wymienione w ofercie (w formularzu cenowym) oprogramowanie narzędziowe nie zapewnia realizacji części funkcjonalności, nie dokonał wyjaśnienia w treści oferty, w jaki sposób i za pomocą jakich narzędzi, zapewni ich realizację.

Nie jest możliwe przyjęcie przez zamawiającego oferty, z treści której nie wynika w sposób jasny i jednoznaczny możliwość spełnienia wszystkich wymagań zamawiającego. Oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba uznała, iż w tym zakresie, decyzja zamawiającego, podjęta w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego, była zasadna.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, KIO nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. W szczególności, Izba uznała, że odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło stosownie do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie było natomiast wynikiem nierównego traktowania wykonawców przez zamawiającego, co odwołujący podnosił w toku postępowania.

Biorąc za podstawę powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocników zamawiającego w wysokości – łącznie: 3 600,00 zł, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....