

Sygn. akt: KIO 1620/11

Sygn. akt: KIO 1625/11

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Ronikier-Dolańska**
Małgorzata Rakowska
Ewa Sikorska

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2011 r. przez:

- A. Biatel Bit S.A. w Warszawie (KIO 1620/11),
- B. Comarch S.A. w Krakowie (KIO 1625/11),

w postępowaniu prowadzonym przez Polski Komitet Normalizacyjny w Warszawie

przy udziale Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1620/11 oraz KIO 1625/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia obydwa odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Comarch S.A. w Krakowie

i wykluczenia Biatel Bit S.A. w Warszawie oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Comarch S.A. w Krakowie oraz Biatel Bit S.A. w Warszawie.

2. kosztami postępowania obciąża Polski Komitet Normalizacyjny w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych) uiszczoną przez Biatel Bit S.A. w Warszawie oraz Comarch S.A. w Krakowie tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od Polskiego Komitetu Normalizacyjnego w Warszawie na rzecz Biatel Bit S.A. w Warszawie kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.3. zasądza od Polskiego Komitetu Normalizacyjnego w Warszawie na rzecz Comarch S.A. w Krakowie kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1620/11

Sygn. akt: KIO 1625/11

Uzasadnienie

Polski Komitet Normalizacyjny w Warszawie zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na wykonanie Systemu Cyfrowej Sprzedaży Produktów i Usług (SCSPU).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 kwietnia 2011 r. pod numerem 2011/S 79 – 130376.

W dniu 20 lipca 2011 r. zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców w tym Biatel Bit S.A. w Warszawie (dalej „odwołujący Biatel”) oraz Comarch S.A. w Krakowie (dalej „odwołujący Comarch”) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie (dalej także „przystępujący”). Ponadto poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego Comarch oraz o wykluczeniu z postępowania odwołującego Biatel.

Dnia 29 lipca 2011 r. odwołujący Comarch oraz odwołujący Biatel wnieśli odwołania (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), ich kopię przekazując zamawiającemu tego samego dnia.

I.

Odwołujący Biatel (sprawa o sygn. akt KIO 1620/11) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odstąpienie od podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego Biatel;

- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego Biatel z postępowania i odstąpienie od wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie przez odwołującego Biatel warunków udziału w postępowaniu oraz z ostrożności procesowej, jeśli przyczyną odrzucenia oferty odwołującego Biatel była niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”):

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego Biatel pomimo, iż spełnia ona wszystkie wymagania określone w siwz;

- art. 91 ust. 1 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego i zaniechanie wyboru oferty odwołującego Biatel lub zaproszenia go do udziału w aukcji elektronicznej (art. 91 b ust. 1 ustawy).

W konsekwencji odwołujący Biatel wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu:

- podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego Biatel;
- unieważnienia wykluczenia odwołującego Biatel z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- wezwania odwołującego Biatel do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego oraz z ostrożności procesowej;
- unieważnienia odrzuceniu oferty odwołującego Biatel;
- powtórzenia czynności oceny ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego Biatel lub zaproszenie odwołującego Biatel do udziału w aukcji elektronicznej.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący Biatel wskazał, iż - jak wynika z pisma z dnia 20 lipca 2011 r. informującego o wyniku postępowania - zamawiający w toku badania i oceny jego oferty ustalił, że odwołujący Biatel do swojej oferty nie załączył opłaconej polisy (z polisy nie wynika, że została opłacona) oraz dokumentów dotyczących innych podmiotów, na potencjał których powoływał się odwołujący Biatel przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie w powołanym piśmie zamawiający podniósł, iż oferta odwołującego Biatel jest niezgodna z wymaganiami siwz - rozdział 4 pkt 2.3, tj. koncepcja rozwiązania, a w szczególności opis architektury Systemu Cyfrowej Sprzedaży Produktów i Usług (siwz, rozdział 4 pkt 1.8), zawiera rozwiązania niespełniające wymagań opisanych w siwz, rozdział 4 pkt 2.3. W konsekwencji, wobec stwierdzenia przez zamawiającego negatywnej przesłanki do wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, odwołujący Biatel został wykluczony z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, a jego oferta została uznana za odrzuconą.

Odwołujący Biatel argumentował, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Podniósł, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający przekazał mu jedynie ogólną informację o odrzuceniu oferty, nie wskazując podstawy prawnej rzeczowego odrzucenia, ani nie wskazując szczegółowo na czym polega zarzucana niezgodność oferty z wymaganiami siwz. Tym samym zamawiający wykluczył możliwość podjęcia jakiegokolwiek polemiki z podjętą decyzją, a co za tym idzie możliwość obrony zapisów oferty i wykazania ich zgodności z postanowieniami siwz. Działanie zamawiającego w ocenie odwołującego Biatel stanowi rażące naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy zasady jawności postępowania. Odwołujący Biatel podnosił, iż przekazanie wykonawcom wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia ofert było bezwzględnym obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego.

Z ostrożności procesowej odwołującego Biatel oświadczył, iż złożona przez niego oferta zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy, a proponowane rozwiązanie jest zgodne z treścią rozdziału 4 siwz, kompletne i wyczerpujące. Jednocześnie wskazał, iż poza tym, że zamawiający uznał złożoną przez niego ofertę za zawierającą rozwiązania niespełniające wymagań opisanych w siwz, rozdział 4 pkt 2.3, odwołujący Biatel nie wie czego (jakiego zakresu) dotyczą zastrzeżenia zamawiającego.

W konsekwencji zamawiający powinien ustaliwszy, iż oferta odwołującego Biatel odpowiada siwz, wezwać go w odpowiednim zakresie do wyjaśnienia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp lub do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

II.

Odwołujący Comarch (sprawa o sygn. akt KIO 1625/11) wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego Comarch zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- przepisu art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta nie jest najkorzystniejszą w świetle postawionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, a także zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego Comarch mimo, iż odwołujący Comarch spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert;
- przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez odrzucenie oferty odwołującego Comarch, pomimo iż treść jego oferty odpowiada treści siwz;
- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez niewłaściwą i błędną ocenę oferty odwołującego Comarch, której można było uniknąć, gdyby zamawiający zwrócił się do niego o stosowne wyjaśnienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego Comarch na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy;
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;

- nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego Comarch jako najkorzystniejszej;

- z ostrożności procesowej - nakazanie zamawiającemu zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez zwrócenie się do odwołującego Comarch o wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący Comarch wskazał, iż w dniu 20 lipca 2011 r. został powiadomiony przez zamawiającego o wynikach oceny złożonych ofert. Zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego Comarch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, bowiem: „treść oferty jest niezgodna z wymaganiami SIWZ - Rozdział 4 pkt 2.3. tj. Koncepcja rozwiązania, a w szczególności opis architektury Systemu Cyfrowej Sprzedaży Produktów i Usług (SIWZ, Rozdział 4 pkt 1.8) zawiera rozwiązania niespełniające wymagań opisanych w SIWZ, Rozdział 4 pkt 2.3.” Odwołujący Comarch wskazał, iż nie ma żadnych podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, bowiem treść oferty odwołującego Comarch odpowiada treści siwz. Szczegółowa argumentacja została przez odwołującego Comarch uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (załącznik nr 1 do odwołania). Odwołujący Comarch w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa wykazywał, odnosząc się do postanowień siwz, iż w jego ocenie złożona oferta jest z nimi zgodna. Podkreślił również, iż zamawiający nie wskazał żadnej konkretnej sprzeczności pomiędzy treścią oferty odwołującego Comarch, a treścią siwz ograniczając się do ogólnego stwierdzenia, że „opis architektury Systemu (...) zawiera rozwiązania niespełniające wymagań opisanych w SIWZ, Rozdział 4 pkt 2.3”. Zatem odwołującemu Comarch trudno jest podjąć „sensowną i merytoryczną polemikę z Zamawiającym”. Jeśli zamawiający miał jakąkolwiek wątpliwość co do zgodności treści oferty odwołującego Comarch z treścią siwz powinien ją wyjaśnić.

Zamawiający zawiadomił w dniu 1 sierpnia 2011 r. wykonawców o odwołaniach wniesionych przez odwołujących Biatel oraz Comarch wzywając do przystąpienia do postępowań odwoławczych oraz przesyłając kopię odwołań.

W dniu 4 sierpnia 2011 r. do Prezesa Izby (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) zostały wniesione przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1620/11 oraz KIO 1625/11 przez Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie oraz przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Comarch przez odwołującego Biatel (sprawa o sygn. akt KIO 1625/11).

Na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2011 r. strony oraz przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale 4 siwz opisał przedmiot zamówienia. W pkt 2.3 siwz wskazał w formie tabelarycznej na wymagane parametry wydajnościowe, które ma zapewnić platforma bazy danych SCSPU - podał siedem różnych parametrów, które muszą być osiągnięte. Natomiast postanowieniem rozdziału 4 pkt 1.8 siwz wymagał, aby wykonawca przedstawił w ofercie „koncepcję SCSPU: technologię, opis architektury, główne grupy funkcjonalności oraz szczegółowe określenie warunków i zakresu świadczenia usług serwisowych (maintenance) dla produktów, w tym szczegółową specyfikację zakresu usług wchodzących w skład standardowych usług serwisowych producentów poszczególnych produktów”.

Zarówno odwołujący Biatel (k. 39 – 57 oferty), jak i odwołujący Comarch (k. 40 do 53 oferty) przedstawili w ofercie objętą tajemnicą przedsiębiorstwa „Koncepcję oferowanego rozwiązania”.

Zamawiający nie zwracał się do odwołującego Biatel ani do odwołującego Comarch o wyjaśnienie treści złożonej przez każdego z nich oferty.

Pismem z dnia 20 lipca 2011 r. pt. „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej”, zamawiający zawiadomił wykonawców, iż ofertę najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu złożył przystępujący.

Ponadto w odniesieniu do odwołującego Biatel (pkt 4 pisma dotyczący wykonawców wykluczonych, k. 3) zostało wskazane, iż zamawiający wykluczył odwołującego Biatel na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, bowiem „oferta nie zawiera (...) opłaconej polisy (...) oraz dokumentów dotyczących innych podmiotów, na potencjał których powołuje się Wykonawca przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wymaganym dla Wykonawców”. Dalej zostało stwierdzone, iż „oferta jest niezgodna z wymaganiami SIWZ – Rozdział 4 pkt 2.3 tj. Koncepcja rozwiązania, a w szczególności opis architektury Systemu Cyfrowej Sprzedaży Produktów i Usług (SIWZ, Rozdział 4 pkt 1.8.) zawiera rozwiązania niespełniające wymagań opisanych w SIWZ, Rozdział 4 pkt 2.3. Ponieważ zachodzi negatywna przesłanka wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, tym samym Wykonawcę wyklucza się z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, a jego oferta podlega odrzuceniu”.

Ustosunkowując się do oferty odwołującego Comarch (pkt 3 pisma dotyczący wykonawców, których oferty odrzucono, k. 4) zamawiający stwierdził, iż odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż „treść oferty jest niezgodna z wymaganiami SIWZ – Rozdział 4 pkt 2.3 tj. Koncepcja rozwiązania, a w szczególności opis architektury Systemu Cyfrowej Sprzedaży Produktów i Usług (SIWZ, Rozdział 4 pkt 1.8) zawiera rozwiązania niespełniające wymagań opisanych w SIWZ, Rozdział 4 pkt 2.3.”

Uwzględnwszy tak ustalone okoliczności faktyczne Izba zważyła, co następuje:

Obydwa odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie któregośkolwiek z odwołań Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że obaj odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Przymiot uczestnika postępowania uzyskało Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie zgłaszając skutecznie przystąpienie do obu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego.

Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przez zamawiającego przeciw przystąpieniu odwołującego Biatel po stronie odwołującego Comarch (sprawa o sygn. akt KIO 1625/11), stwierdzając, że odwołujący Biatel nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego Comarch. Odwołujący Comarch w odwołaniu kwestionował zasadność odrzucenia przez zamawiającego swojej oferty twierdząc, iż to jego oferta, a nie Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zatem należało uwzględnić opozycję, gdyż odwołujący Biatel nie ma, w okolicznościach

faktycznych niniejszej sprawy, interesu w kwestionowaniu odrzucenia oferty konkurującego z nim wykonawcy.

Dokonując oceny podniesionych w obu odwołaniach zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz przystępującego, Izba stwierdziła, że odwołania należało uwzględnić.

Istotą sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującymi jest odmienna ocena czynności zamawiającego poinformowania o wyniku postępowania w części dotyczącej odpowiednio w odniesieniu do odwołującego Biatel wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a odwołującego Comarch odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jak zostało stwierdzone przez zamawiającego w piśmie z dnia 20 lipca 2011 r. zawiadamiającym o wyniku postępowania powodem zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego Biatel do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp było ustalenie, iż „oferta jest niezgodna z wymaganiami SIWZ – Rozdział 4 pkt 2.3 tj. Koncepcja rozwiązania, a w szczególności opis architektury Systemu Cyfrowej Sprzedaży Produktów i Usług (SIWZ, Rozdział 4 pkt 1.8.) zawiera rozwiązania niespełniające wymagań opisanych w SIWZ, Rozdział 4 pkt 2.3.” Podobnie w odniesieniu do oferty odwołującego Comarch zamawiający ograniczył uzasadnienie faktyczne swojej decyzji do wskazania, iż „treść oferty jest niezgodna z wymaganiami SIWZ – Rozdział 4 pkt 2.3 tj. Koncepcja rozwiązania, a w szczególności opis architektury Systemu Cyfrowej Sprzedaży Produktów i Usług (SIWZ, Rozdział 4 pkt 1.8) zawiera rozwiązania niespełniające wymagań opisanych w SIWZ, Rozdział 4 pkt 2.3.”

Zamawiający argumentował na rozprawie, iż sporządzone przez niego uzasadnienie faktyczne decyzji podjętych wobec obu odwołujących realizowało obowiązek nałożony na niego przepisem art. 92 ust. 1 ustawy w tym zakresie. Z powołanego przepisu wynika, iż niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający zawiadamia wykonawców m.in. o wykluczeniu z postępowania czy o odrzuceniu oferty podając m.in. uzasadnienie faktyczne. Zarówno przystępujący, jak i zamawiający dowodzili, iż ustawodawca nie sprecyzował, jak szczegółowe owo uzasadnienie faktyczne ma być. Ponadto wskazywali, iż nie mogło w okolicznościach badanej sprawy być bardziej precyzyjne, bowiem wymagałoby odniesienia się do części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa odwołujących, zatem w konsekwencji prowadziłoby do ujawnienia objętych tajemnicą informacji, do czego zamawiający nie jest uprawniony. Przystępujący wyrażał także pogląd, iż przepis art. 92 Pzp nie uprawnia zamawiającego do przekazania części zawiadomienia odnoszącego się do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wyłącznie wykonawcy, którego czynność wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty dotyczy.

Z zaprezentowanymi powyżej poglądami zamawiającego i przystępującego Izba nie może się zgodzić. W realiach niniejszej sprawy zamawiający wadliwie dokonał czynności poinformowania o wynikach postępowania w części dotyczącej obu odwołujących. Ustawa wymaga podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty (art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp) oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp).

Podanie przez zamawiającego jedynie podstawy prawnej oraz ogólne sformułowanie zarzucanych niezgodności przez odwołanie się do postanowień rozdziału 4 pkt 2.3 siwz zawierającego szereg wymaganych przez zamawiającego parametrów wydajnościowych nie stanowi, w okolicznościach sporu, realizacji dyspozycji art. 92 ust. 1 Pzp nakazującego podanie uzasadnienia faktycznego podejmowanych czynności. Izba ocenia, że stwierdzenie o niezgodności „konceptji rozwiązania”, a w szczególności opisu architektury Systemu Cyfrowej Sprzedaży Produktów i Usług z siwz, „bowiem zawiera rozwiązania niespełniające wymagań opisanych w siwz, Rozdział 4 pkt 2.3” nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne realizujące cel normy art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Powoływane przez

zamawiającego „Koncepcje oferowanego rozwiązania” są w przypadku obydwu odwołujących dokumentami rozbudowanymi, wielostronicowymi, natomiast postanowienia rozdziału 4 pkt 2.3 siwz zawierają aż siedem wymaganych parametrów wydajnościowych. Z informacji podanej przez zamawiającego nie wynika, dlaczego oferta w części obejmującej „Koncepcję oferowanego rozwiązania” nie odpowiada treści siwz oraz z którym konkretnie postanowieniem siwz jest niezgodna.

Zasadnym jest podkreślenie, iż uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty czy wykluczeniu wykonawcy z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też wyroki KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania elementów oferty, których ma dotyczyć niezgodność z treścią siwz bądź nieopisanie, czego konkretnie w ofercie brakuje oraz niesprecyzowanie, których parametrów wydajnościowych wskazanych w siwz oferty odwołujących nie spełniają, w badanym postępowaniu prowadzi do wniosku, iż zamawiający nie poinformował odwołujących o przyczynach uznania ich ofert za niezgodne z siwz. To na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia czy odrzucenia oferty (tak też w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). Wykonawca nie powinien domyślać się, w czym zamawiający upatruje niezgodność jego oferty z treścią siwz (z którym jej postanowieniem). Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 Pzp podanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie czy w odpowiedzi na odwołanie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec wykonawców decyzji, a tak zamawiający postąpił w rozpoznawanej przez Izbę sprawie. W odpowiedzi na odwołania (przedłożone na rozprawie pisma z dnia 11 sierpnia 2011 r.) obszernie wskazał na zaistniałe jego zdaniem nieprawidłowości w ofertach odwołujących.

Zważywszy, iż obowiązek zawiadomiania wykonawców określony w art. 92 ust. 1 Pzp, stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie

zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji Izba za zasadne uważa podkreślenie, iż w okolicznościach rozpatrywanej sprawy zamawiający w sposób lakoniczny i ogólnikowy uzasadniając podjęte wobec odwołujących czynności pozbawił ich możliwości oceny poprawności podjętych przez siebie decyzji i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania poprzez wniesienie odwołania, uchylając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący Comarch wprawdzie sformułował w odwołaniu zarzuty kwestionujące prawidłowość odrzucenia jego oferty pod względem merytorycznym, jednak wobec wadliwie sporządzonej przez zamawiającego informacji o odrzuceniu oferty Comarch, Izba uznała je za przedwczesne. Trzeba zaznaczyć, iż uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Bieg terminu na wniesienie środka ochrony prawnej rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, o odrzuceniu oferty czy wykluczeniu wykonawcy. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy zatem termin ten zaczyna biec, gdy zamawiający poinformuje odwołujących w sposób wymagany przez art. 92 ust. 1 Pzp o podjętych wobec nich decyzjach.

Wykonawca ma pełne prawo do otrzymania wyczerpującego uzasadnienia decyzji zamawiającego także wówczas, gdyby realizacja obowiązku nałożonego na zamawiającego przepisem art. 92 ust. 1 Pzp wymagałaby odniesienia się do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. W takiej sytuacji Izba nie dostrzega przeszkód, aby odpowiednią część zawiadomienia o odrzuceniu oferty czy wykluczeniu wykonawcy, jako odnoszącą się do danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, udostępnić wyłącznie wykonawcy, którego informacje te dotyczą. Taka praktyka jest powszechnie stosowana i akceptowana w odniesieniu do wyjaśnień oferty w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa

– wyjaśnienia zawierające informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie są udostępniane przez zamawiającego pozostałym wykonawcom ani osobom trzecim.

Tym samym biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne uwzględnione przez Izbę na gruncie badanej sprawy należy podzielić stanowisko prezentowane przez odwołujących, iż zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisowi art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 8 ust. 1 Pzp w odniesieniu do odwołującego Comarch oraz 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 8 ust. 1 Pzp w odniesieniu do odwołującego Biatel. Powołane uchybienia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Prawidłowe wykonanie przez zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 92 ust.1 Pzp, gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach poszczególnych decyzji zamawiającego może się do nich odnieść decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej, co przesądza o uwzględnieniu odwołania.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....