

Sygn. akt: KIO 595/13

Sygn. akt: KIO 597/13

WYROK
z dnia 29 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Bartczak – Żuraw**
 Barbara Bettman
 Katarzyna Brzeska

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 15 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: 4 pi sp. z o.o.; SMT Software S.A., 03- 924 Warszawa, ul. Niekłańska 27/5 (sygn. akt KIO 595/13)**
- B. w dniu 15 marca 2013 r. przez wykonawcę **Partner Consulting Sp. z o.o., 02 – 962 Warszawa, ul. Przyczółkowa 400 (sygn. akt KIO 597/13)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00 – 926 Warszawa, ul. Wspólna 2**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Partner Consulting Sp. z o.o., 02 – 962 Warszawa, ul. Przyczółkowa 400** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 595/13 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Infovide-Matrix S.A., 02 – 460 Warszawa, ul. Gottlieba Daimlera 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczego o sygn. akt KIO 595/13 oraz KIO 597/13 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: 4 pi sp. z o.o.; SMT Software S.A., 03- 924 Warszawa, ul. Niekłańska 27/5** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 597/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

A. sygn. akt KIO 595/13

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: 4 pi sp. z o.o.; SMT Software S.A., 03- 924 Warszawa, ul. Niekańska 27/5** 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 **Konsorcjum: 4pi sp. z o.o.; SMT Software S.A., 03- 924 Warszawa, ul. Niekańska 27/5** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: 4pi sp. z o.o.; SMT Software S.A., 03- 924 Warszawa, ul. Niekańska 27/5** na rzecz zamawiającego **Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, 00 – 926 Warszawa, ul. Wspólna 2** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

B. sygn. akt KIO 597/13

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Partner Consulting Sp. z o.o., 02 – 962 Warszawa, ul. Przyczółkowa 400** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Partner Consulting Sp. z o.o., 02 – 962 Warszawa, ul. Przyczółkowa 400** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Partner Consulting Sp. z o.o., 02 – 962 Warszawa, ul. Przyczółkowa 400** na rzecz zamawiającego **Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, 00 – 926 Warszawa, ul. Wspólna 2** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt KIO 595/13

Sygn. akt KIO 597/13

Uzasadnienie

Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2 (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Usługi doradczo-konsultingowe dla projektów GEOPORTAL 2 i TERYT 3”. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 244-401773 w dniu 19 grudnia 2012 r.

Sygn. akt KIO 595/13

W dniu 15 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum, w skład którego wchodzi: 4pi sp. z o.o., Niekłańska 27/5, 03-924 Warszawa - lider konsorcjum oraz SMT Software S.A., ul. Marszałka Piłsudskiego 13 50-048 Wrocław (dalej „Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software”) wobec niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert i wyborze oferty Infovide Matrix SA z siedzibą w Warszawie przy ul. Gottlieba Daimlera 2, 02-460 Warszawa (dalej "Infovide Matrix SA") jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż wykonawca, który ją złożył winien być wykluczony z postępowania, a ocena w świetle kryteriów została dokonana z naruszeniem prawa. Jednocześnie za niezgodne z prawem należy uznać nieujawnienie przez Zamawiającego niektórych elementów protokołu postępowania o udzielenie zamówienia i załączników do protokołu. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software wskazywał, że powziął informację o podstawie do wniesienia odwołania w momencie otrzymania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, przekazanej faksem, co miało miejsce 6 marca 2013r. W związku z tym, niniejsze odwołanie zostało wniesione w 10-dniowym terminie ustawowym, wskazanym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta jest najtańsza w niniejszym postępowaniu. Uzyskałby więc niniejsze zamówienie zarówno gdyby oferta wykonawcy Infovide Matrix SA nie uzyskała niezasadnie wyższej oceny w kryteriach pozacenowych, jak i przede wszystkim w przypadku wykluczenia Infovide Matrix SA z postępowania. Oznacza to, że Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, może ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia.

W związku z tym, Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software wnosił o:

- 1) unieważnienie wyboru oferty Infovide Matrix SA jako najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenie wykonawcy Infovide Matrix SA z postępowania ze względu na udział w przygotowaniu niniejszego postępowania i jego wpływ na uczciwą konkurencję - a w przypadku uznania, iż przepis ten nie znajdzie zastosowania - dokonanie ponownej oceny ofert w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i zasady oceny ustalone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ");
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software jako najkorzystniejszej;

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software zarzucał naruszenie art. 7 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3; art. 8 ust. 1 i 3, art. 14 w zw. z art. 58 Kc, art. 24 ust 2 pkt 1), art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 oraz art. 91 ust. 1, art. 92 ust 1 pkt 1, art. 96 ust. 2,3,5 ustawy Pzp w związku z przepisami rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania i innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software wskazywał, że Infovide Matrix SA bezpośrednio przed ogłoszeniem postępowaniem realizowało szereg umów doradczych dla Zamawiającego. Zakres tych umów obejmuje wsparcie zarządzania, w tym przygotowanie przetargów dla projektów Geoportal2 i Teryt3. Projektów, na których temat wiedza wykonawców była oceniana przez Zamawiającego w kryterium wartość merytoryczna oferty. Kryterium to było decydujące, bo ważyło 60%. Łączna wartość umów Infovide Matrix SA z zamawiającym wynosi ponad 8 mln zł. Jest to pewien miernik rynkowej wartości wiedzy o projektach Geoportal2 i Teryt3, jaką nabyło Infovide Matrix SA. Wiedzy, za którą z jednej strony zapłacił zamawiający, a z drugiej strony oceniał w przedmiotowym postępowaniu. Nie jest możliwe nabycie porównywalnej wiedzy przez żaden inny podmiot działający na rynku.

Ponadto stała obecność Infovide Matrix SA u Zamawiającego bezpośrednio przed, ale i w trakcie postępowania przetargowego budzi poważne wątpliwości, co do obiektywności procesu wyboru. Obecność ta pozwala na dostęp do pełnej dokumentacji

projektów, konsultowanie pomysłów i rozwiązań niezbędnych do napisania oferty, już po ogłoszeniu postępowania. Daje to Infovide Matrix SA niekwestionowaną przewagę nad pozostałymi wykonawcami.

Z oczywistych względów zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców nie jest w tej sytuacji możliwe. Infovide Matrix SA brało bezpośredni udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania. Opisywało zakres i przedmiot zamówienia oraz szacowało jego wartość, choćby w ramach umowy na Studium Wykonalności projektu TERYT3. Przygotowało również część dokumentacji postępowania. W aktualnie realizowanej przez Infovide Matrix SA dla Zamawiającego umowie znajduje się zapis zobowiązujący Infovide Matrix SA do niepodejmowania jakichkolwiek działań, które mogłyby prowadzić do powstania konfliktu interesów. Podpisanie umowy w przedmiotowym postępowaniu do takiego konfliktu doprowadzi. Infovide Matrix SA będzie podmiotem upoważnionym do kontroli i nadzorowania prawidłowości swoich własnych działań oraz określającym kryteria odbioru i biorącym udział w odbiorach swoich własnych prac. Doprowadzenie do takiej sytuacji rażąco naruszyłoby interes Zamawiającego. Nie odrzucenie oferty Infovide Matrix SA doprowadzi do nierówności warunków wykonania zamówienia. Infovide Matrix SA kontrolując sam siebie miałby znaczącą przewagę nad innym wykonawcą, który podlegałby kontroli niezależnego podmiotu.

Poniżej wyliczono najważniejsze umowy doradcze wykonywane dla zamawiającego przez Infovide Matrix SA:

- Opracowanie Studium Wykonalności projektu TERYT 3, wartość 184 500,00 zł zrealizowana w sierpniu-wrześniu 2012,
- Usługi doradczo-konsultingowe związane z budową, rozbudową, wdrożeniem i promocją projektu Geoportal 2, wartość 5 297 742,05 zł, zrealizowana do 31 grudnia 2012 r.,
- Wsparcie GUGIK przy realizacji projektów GBDOT i TERYT 2 w zakresie: doradztwa merytoryczno-technicznego, zarządzania oraz pomocy prawnej, wartość 1 717 550,00 zł, realizowana do 31 grudnia 2013 r.

I. W treści przekazanej w dniu 6 marca 2013 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający poinformował Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software o wyborze oferty Infovide Matrix SA oraz o ocenach uzyskanych w poszczególnych kryteriach przez ofertę wybraną i ofertę Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie zgadzając się z dokonaną oceną, wystąpił o

udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. W odpowiedzi na prośbę, Odwołującemu Konsorcjum 4pi - SMT Software udostępniono jedynie protokół w postaci wypełnionego druku ZP-PN (załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Nie zostały mu natomiast udostępnione informacje o tym, jak została dokonywana ocena w ramach poszczególnych kryteriów w obrębie komisji przetargowej (wnioski o udostępnienie z dnia 7 marca oraz 12 marca w dokumentacji postępowania). Informacje takie zdaniem Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software Zamawiający posiada. Po pierwsze z SIWZ (rozdział XIV) wynika, że zostaną przyznane oceny częściowe w ramach każdego z podkryteriów. Ponadto z regulaminu komisji przetargowej obowiązującego u Zamawiającego wynika, że ocena oferty stanowi sumę ocen indywidualnych dokonywanych przez poszczególnych członków komisji. Oceny częściowe i oceny indywidualne są więc załącznikami do protokołu i jako takie podlegają ujawnieniu zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Odmowa ich ujawnienia stanowi także naruszenie art. 8 ust. 3, w szczególności gdy tak jak w objętej odwołaniem sytuacji występuje wraz z naruszeniem art. 92 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. gdy w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej nie podano uzasadnienia faktycznego wyboru konkretnej oferty jako najkorzystniejszej. Zdawkowe informacje, iż oferta Infovide Matrix SA została uznana za najkorzystniejszą, gdyż uzyskała najwyższą punktację w poszczególnych kryteriach, nie wypełnia celu przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1, a wręcz zmierza do uniknięcia tego obowiązku tj. do obejścia prawa. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software zwracał uwagę, że Zamawiający nie podał nawet punktacji uzyskanej w podkryteriach, które sam sformułował, ograniczając się do liczby punktów rozbitej na kryterium ceny i kryterium (jedno) pozacenowe. Działanie takie, zmierza do zniweczenia zamiaru ustawodawcy, by wykonawca uzyskiwał wiedzę, jak zostały ocenione poszczególne, badane przez zamawiającego składniki jego oferty. Ustawa Pzp nie zna pojęcia „podkryterium”. Posługiwanie się nimi nie będąc zakazanym nie może jednak zmierzać do ukrycia metody oceny. Skoro ustawodawca nakazuje ujawniać oceny we wszystkich kryteriach - bo takim pojęciem dla dokonywania oceny się posługuje ustawa, to gdy Zamawiający użyje innej nazwy - np. „podkryteria”, to nie zwalnia go to z obowiązku ujawnienia oceny w ramach tych „podkryteriów”. KIO wielokrotnie zwracała uwagę na obowiązek takiego zakresu informacji w zawiadomieniu o wyborze oferty, z którego można powziąć wiedzę o rzeczywistych motywach, którymi kierował się zamawiający. Bez tej wiedzy - szczególnie w sytuacji, z którą Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software spotyka się w niniejszym postępowaniu tj. objęcia ocenianych treści oferty wybranej klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, jawność wynikająca z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp staje się iluzoryczna, gdyż wszystkie czynności w postępowaniu i dokumenty, z których ma ona wynikać, dążą do wyeliminowania jawności. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software

zostaje w ten sposób pozbawiony wszelkich praw do zweryfikowania, czy oceny ofert dokonano z zachowaniem jego praw, czemu służyć ma zasada jawności. Sporządzenie oceny wg podkryteriów, przez poszczególnych członków komisji, powinno nastąpić w formie pisemnej. O ile ustawa Pzp, ani rozporządzenie nie stanowi o takim obowiązku, o tyle sposób konstrukcji kryterium oceny - *wartość merytoryczna oferty* już zobowiązuje Zamawiającego do zamieszczenia w protokole choćby tylko ilość punktów częściowych (wg opisanych w SIWZ podkryteriów). Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software wnosił tym samym o ujawnienie załączników do protokołu, które pozwolą mu na uzyskanie informacji niezbędnych do prawidłowej oceny własnych praw w postępowaniu.

II. Z uzyskanego protokołu (druk ZP-PN) wynika, jakie osoby Zamawiający ujawnił jako osoby wykonujące czynności w przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. Są to wyłącznie pracownicy Zamawiającego, a brak wśród nich, osób, przy pomocy których Infovide Matrix SA wykonuje obecnie umowę z dnia 12 października 2010 r. nr ZP/BO-4-2500-6/GI-2500-25/2010/T2/2010/ z Głównym Urzędem Geodezji i Kartografii, a w której zakres wchodzi między innymi wsparcie przy realizacji projektów, których dotyczy także obecne postępowanie. Informacja o braku zaangażowania osób, którymi dysponuje Infovide Matrix SA w przygotowanie postępowania jest informacją, która nie odpowiada stanowi faktycznemu. Z zamieszczonych przez Zamawiającego na stronie internetowej plików stanowiących dokumentację postępowania (SIWZ wraz z załącznikami - opis przedmiotu zamówienia, wzór umowy, załączniki do SIWZ) wynika, iż ich autorami jest Infovide Matrix SA. W sposób jednoznaczny wskazuje to na uczestnictwo tego podmiotu w przygotowaniu postępowania w rozumieniu ustawy Pzp. Narusza to art. 7 ust. 2 ustawy Pzp ze względu na sposób sformułowania tych dokumentów, preferujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia Infovide Matrix SA. Fakt uczestnictwa wykonawcy Infovide Matrix SA w przygotowywaniu postępowania objętego niniejszym odwołaniem wynika też z umów między Zamawiającym a Infovide Matrix SA. Spośród kilku umów szczególne znaczenie mają dwie. Jedną z nich to umowa z Infovide Matrix SA i Dahliamatic sp. z o.o. zawarta w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia na *usługi doradczo - konsultingowe związane z budową, rozbudową, wdrożeniem i promocją projektu Geoportal 2*, o której zawarciu poinformowano w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia opublikowanym w Dz. U UE pod adresem: <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:70120-2010:TEXT:FR:HTML&tabId=1>. (dalej „Umowa wsparcia Geoportal2”). Druga - umowa z Infovide Matrix SA i Dahliamatic sp. z o.o. z dnia 12 października 2010 r. nr ZP/BO-4-2500-6/GI-2500-25/2010/T2/2010 (dalej „Umowa wsparcia GBDOT i TERYT2”). Z umów tych wynika, że zakres czynności wykonywanych przez Infovide Matrix SA w ich ramach obejmuje czynności rozwojowe systemów, dla których prowadzone jest obecne postępowanie. Czynności te to przede

wszystkim prowadzenie analiz, opracowywanie projektów rozwoju, ale także współpracę w przygotowywaniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (Pkt II. podpunkt 5 załącznika nr 1 do umowy nr ZP/BO-4-2500- 6/GI-2500-25/2010/T2/2010 - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia). Umowa ta obowiązywała strony w trakcie przygotowania niniejszego postępowania. Udział wykonawcy w przygotowaniu dokumentacji w oparciu o które prowadzone jest niniejsze postępowanie, spowodował skonstruowanie kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający innym niż dotychczasowy wykonawca konkurowanie na tych samych prawach przy ubieganiu się o obecne zamówienie. Kryterium oceny ofert w przetargu objętym niniejszym odwołaniem ze znaczeniem 60% brzmi: „2) wartość merytoryczna oferty na podstawie opracowania pt. „Koncepcja wsparcia Zamawiającego w rozwoju i utrzymaniu systemów dot. realizacji projektu Geoportal 2 i projektu Teryt 3 w zakresie integracji wewnętrznej i zewnętrznej”, w którym powinny być zawarte informacje dotyczące zakładanego przez Wykonawcę sposobu realizacji usług określonych w Opisie przedmiotu zamówienia - 60%”. Z plików zamieszczonych na stronie www. Zamawiającego wynika, że między innymi w/w załączniki do SIWZ nr 1,3,5, w których przedstawiono wiedzę w oparciu o którą należało przygotować ocenianą „Koncepcję wsparcia Zamawiającego...” zostały przygotowane przez Infovide Matrix SA. Załącznik nr 7 do SOPZ „Studium wykonalności dla projektu TERYT3” został opracowany przez Infovide Matrix SA w sierpniu i wrześniu 2012, bezpośrednio przed ogłoszeniem przedmiotowego postępowania. Informacja o wyborze Infovide Matrix SA do realizacji Studium wykonalności dla projektu TERYT3, ZP/BO-4-2500- 33/KN-2500-9/T3/2012 znajduje się na stronach Zamawiającego w zakładce BIP/Zamówienia Publiczne. Tym samym Wykonawca, który przygotował wymagania stanowiące podstawę przygotowania i oceny ofert, następnie złożył ofertę, która była oceniana pod kątem zgodności i dopasowania do tych wymagań. Wpływ przygotowania wymagań na nierówne warunki uczestnictwa w postępowaniu tego i pozostałych wykonawców nie wymaga szczególnego udowadniania. Po pierwsze czas, którym dysponował autor dokumentacji postępowania na sporządzenie własnej oferty był znacząco dłuższy. Po wtóre szczegółowość informacji, które uzyskał lub uzgodnił z Zamawiającym przy tworzeniu tej dokumentacji musi przekraczać wiedzę pozostałych uczestników postępowania. Z umowy ZP/BO-4-2500-6/GI-2500-25/2010/T2/2010/ - załącznik 1, wynika, że zadaniem wykonawcy (Infovide Matrix) jest m.in.:

„III.1.c - opracowanie i weryfikacja założeń i wymagań dotyczących architektury biznesowej i technicznej, topologii systemów teleinformatycznych oraz struktury baz danych w uzgodnieniu i współpracy z Wykonawcą lub Wykonawcami zaangażowanymi w realizacji usługi wsparcia dla innych realizowanych przez GUGiK projektów w tym projekcie Geoportal2;

II.1.d) opiniowanie / opracowanie dokumentacji technicznej (m.in. warunków technicznych)”.

Podobnie, w Umowie wsparcia Geoportal2 w zakresie prac Infovide Matrix SA jest m.in. (podany jest zakres z pkt II.1.4 Krótki opis zamówienia lub zakupu, z treści ogłoszenia):

„4. Wsparcie w wypracowaniu szczegółowych założeń oraz nadzór nad analizą, wykonaniem i zatwierdzeniem Projektu Technicznego systemu „Geoportal 2”, a w szczególności w:

- a) analizie produktów projektu Geoportal.gov.pl;*
- b) ustaleniu założeń, wymagań użytkowników oraz kryteriów akceptacji dostaw i usług;*
- c) przygotowaniu wskazań i wymagań dotyczących architektury technicznej i topologii systemu”;*

Odpowiada to podkryterium oceny ofert w obecnym przetargu jakim jest:

I. Architektura - przedstawienie propozycji opisu rozwoju architektury dla projektów Geoportal 2 i Teryt 3 z uwzględnieniem elementów oraz podziału architektury w ujęciu warstwowym i usługowym, otoczenia, narzędzi udostępniania oraz metod ilościowego szacowania wydajności w odniesieniu do projektów Geoportal 2 oraz Teryt 3 pod względem przydatności proponowanych rozwiązań dla organizacji (0-15 pkt.)

Z kolei w pkt II.3) załącznika do przywoływanej Umowy wsparcia GBDOT i TERYT2 wskazano iż jej treścią jest organizacja Projektów, obejmująca wsparcie Zamawiającego m. in. w zakresie:

- „a) opracowania i okresowej aktualizacji harmonogramów, korekt planów rzeczowo-finansowych oraz wykazu wydatków kwalifikowanych;*
- b) opracowania planu realizacji Projektów zgodnie z metodyką ustaloną z Zamawiającym;*
- c) opracowania procedur zarządzania, wytycznych oraz zaleceń dotyczących realizacji Projektów;*
- d) opracowania planu zarządzania jakością;*
- e) analizy ryzyka i zagrożeń;*
- f) weryfikacji dokumentacji projektowej (...)* ;
- g) pomocy w prowadzeniu dokumentacji projektowej, (...)*
- h) świadczeniu konsultacji w zakresie zarządzania Projektami dla pracowników Zamawiającego;*
- i) współdziałaniu w organizowaniu prac Komitetu Sterującego, zespołów realizacyjnych (...)”*

Z kolei w Umowie wsparcia Geoportal2 w zakresie prac Infovide Matrix jest m.in. (z zakresu ogłoszenia):

„3) *Wsparcie w zakresie organizacji przedsięwzięcia, w szczególności:*

a) *opracowanie planu realizacji przedsięwzięcia, zgodnie z metodyką stosowaną przez Wykonawcę;*

b) *opracowanie planu zarządzania jakością projektu;*

(...)

d) *w prowadzeniu Biura Projektu wraz z repozytorium projektowym prowadzonego przy wsparciu narzędzia informatycznego;*

e) *współdziałanie z Zamawiającym w organizowaniu prac Komitetu Sterującego i zespołów projektowych;*

f) *ciągła współpraca z osobami odpowiedzialnymi za realizację Projektu po stronie Zamawiającego oraz po stronie Wykonawców i dostawców usług i produktów;*

g) *opracowanie i aktualizacja harmonogramów Projektu oraz ich prowadzenie w narzędziach informatycznych”;*

zaś podkryterium II w SIWZ brzmi:

II. Organizacja - przedstawienie opisu propozycji wsparcia w zakresie organizacji przedsięwzięć jakimi są projekty Geoportai 2 i Teryt 3, propozycję zmian dla struktury organizacyjnej, jej podstawowych cech, opis ról oraz wymaganych kompetencji wynikających z dalszego rozwoju i utrzymania systemów Geoportai 2 i Teryt 3 oraz opis propozycji wykorzystania metod i narzędzi możliwych do zastosowania w tych Projektach i usprawniających realizację projektów i dostarczanych w ich ramach usług (0-10 pkt.).

Także ostatniemu z podkryteriów wprost odpowiada zakres zadań Infovide Matrix z umów. Podkryterium to brzmi:

„III. Utrzymanie - przedstawienie opisu propozycji rozwoju modelu utrzymania dla projektów Geoportal 2 i Teryt 3 z uwzględnieniem wszystkich kluczowych elementów procesu utrzymania tzn. systemów informatycznych, danych oraz elementów poddawanych monitorowaniu i wskazanie kluczowych kierunków rozwoju dla modelu utrzymania i procesu monitorowania (0-15 pkt)”.

Zakres czynności w Umowie wsparcia GBDOT i TERYT2 to wskazane w punkcie 1.3.1.2) załącznika nr 1 (oraz dalszych wskazywanych w odwołaniu punktach):

a) *zarządzanie projektem;*

b) *zebranie, weryfikacja i integracja danych przestrzennych i opisowych;*

c) budowa i utrzymanie systemu teleinformatycznego;

I.3.2. współpracy z podmiotami realizującymi usługi wsparcia w zakresie rozwiązań informatycznych, infrastruktury i utrzymania systemów w ramach innych projektów realizowanych przez GUGiK, w tym projektu Geoportal2;

II.1.b) - integracja i standaryzacja istniejących baz danych przestrzennych i opisowych poprzez doprowadzenie do ich spójności jakościowej 2 i przedmiotowej oraz harmonizacji z rejestrami źródłowymi

Zakres czynności Infovide Matrix SA w Umowie wsparcia Geoportal2 to wskazane w ogłoszeniu:

„4. Wsparcie w wypracowaniu szczegółowych założeń oraz nadzór nad analizą, wykonaniem i zatwierdzeniem Projektu Technicznego systemu „Geoportal 2”, a w szczególności w:

(...)

h) określeniu wymagań dotyczących procedur eksploatacyjnych; [to jest inaczej nazwane utrzymanie systemu - przypis Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software]

i) opracowaniu procedur awaryjnych wynikających z konieczności utrzymania ciągłości pracy Centralnej Bazy Danych i Portalu „Geoportal.gov.pl”.

Dla pełni informacji należy dodać, iż Projekt Teryt3 jest rozszerzeniem i bezpośrednią kontynuacją Projektu Teryt2.

Z powyższego zdaniem Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software wynika wprost, że tworząc kryteria oceny ofert Zamawiający (działający po jego stronie Infovide Matrix SA) opracował je tak, by ocenie podlegała zgodność z zaproponowanym przez Infovide Matrix SA sposobem realizacji zamówienia oraz by to podmiot wykonujący dotychczasowe prace mógł jako jedyny uzyskać najwyższe oceny oferty w jej merytorycznym zakresie.

Wykluczenie wykonawcy ze względu na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jest w tej sytuacji w ocenie Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software niezbędne by zapobiec nieuczciwej konkurencji na nierównych warunkach. W analogicznej sytuacji KIO orzekła o konieczności wykluczenia wykonawcy w sprawie KIO 520/11. Uzyskanie dodatkowej wiedzy, a także skonstruowanie kryteriów w sposób ułatwiający wysokie oceny składanej następnie oferty, KIO w wyroku 1536/11 uznała za wykazanie, iż miała miejsce nieuprawniona przewaga konkurencyjna. Z kolei w wyroku 2219/11 KIO wskazała, że to wykonawca uczestniczący w przygotowaniu postępowania musiałby udowodnić, że udział

ten nie narusza zasad uczciwej konkurencji w przetargu. W niniejszej sprawie dowód taki nie został przedstawiony.

III. Na podstawie zakresu informacji, jaki został przedstawiony w SIWZ, w tym w załącznikach przygotowanych dla Zamawiającego przez Infovide Matrix SA, na podstawie których wykonawca winien przygotować ofertę, niemożliwe jest zaproponowanie „*Koncepcji wsparcia Zamawiającego w rozwoju i utrzymaniu systemów dot. realizacji projektu Geoportal 2 i projektu Teryt 3 w zakresie integracji wewnętrznej i zewnętrznej*”, a więc dokumentu stanowiącego podstawę oceny ofert w postępowaniu sformułowanej pełniej niż uczynił to Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software. Mimo wszystko oceny, które uzyskał, w porównaniu z ocenami uzyskanymi przez podmiot uczestniczący w przygotowaniu postępowania są niskie. Wynika to przede wszystkim z faktu szerszej wiedzy tego podmiotu o przedmiocie zamówienia, uzyskanej z zakłóceniem konkurencji. Przyczyną jest jednak także wadliwy sposób oceny ofert prowadzonej przez Zamawiającego. Ocenie poddano bowiem także te propozycje wykonawców, które nie mogły wynikać z wiedzy podanej w SIWZ. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software, gdyby zgodnie z przysługującym mu prawem uzyskał dostęp do oceny ofert mającej miejsce w postępowaniu wykazałyby ten fakt. Odmowa dostępu świadczy o zamiarze Zamawiającego do nieujawnienia intencjonalnego sposobu działania.

W szczególności Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software wskazywał, iż w ramach podkryteriów 1- 3 jego oferta została przygotowana w sposób wyczerpujący i zasługujący z pewnością na najwyższe oceny. Przedstawione w ramach oferty propozycje odpowiednio w pod kryteriach:

I Architektura - *Zamawiający definiuje opis poprawny merytorycznie, ale nieuwzględniający charakterystyki oraz złożoności Projektów jako opis elementów oraz podziału architektury w ujęciu warstwowym i usługowym, otoczenia, narzędzi udostępniania oraz metod ilościowego szacowania wydajności (zapis z SIWZ, XIV.2.2).I).*

Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software w rozdziale 15.1 *Architektura - przedstawienie propozycji opisu rozwoju architektury dla projektów Geoportal 2 i Teryt 3* swojej oferty, zawarł opis elementów architektury, pokazał, również na diagramach podział architektury w ujęciu warstwowym i usługowym. W obszernym przedstawieniu metody znalazły się również elementy otoczenia, narzędzi udostępniania oraz metod szacowania wydajności. Zgodnie z opisem metody oceny w SIWZ, punktacja w tym podkryterium powinna wynosić przynajmniej 9 punktów, podczas gdy zamawiający przyznał ich jedynie 4.

II Organizacja - Zamawiający definiuje opis poprawny merytorycznie, uwzględniający charakterystykę i złożoność Projektów jako opis propozycji wsparcia w zakresie organizacji, propozycji zmian dla struktury organizacyjnej, jej podstawowych cech, opis ról oraz wymaganych kompetencji wynikających z dalszego rozwoju i utrzymania systemów oraz opis propozycji wykorzystania metod i narzędzi możliwych do zastosowania w projektach i usprawniających realizację projektów i dostarczanych w ich ramach usług, w odniesieniu do zastosowania ich w przedmiotowym zamówieniu oraz przykłady planowanych produktów.

Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software w rozdziale 15.2 *Organizacja - przedstawienie opisu propozycji wsparcia w zakresie organizacji przedsięwzięć jakimi są projekty Geoportal 2 i Teryt 3* swojej oferty, zawarł szczegółowy opis propozycji wsparcia w zakresie organizacji (zostały zdefiniowane kluczowe role w organizacji projektu, zaproponowana struktura organizacyjna projektu, szeroki opis propozycji wykorzystania metod i narzędzi możliwych do zastosowania w projektach i usprawniających realizację projektów i dostarczanych w ich ramach usług, jak np.: blisko 50 (pięćdziesiąt) specyficznych procesów zarządzania projektem, propozycje dokumentów zarządczych oraz procedury związane z zarządzaniem dokumentacją oraz korzystaniem z repozytorium.

Przedstawione opisy zostały przygotowane w odniesieniu do zastosowania w przedmiotowym zamówieniu. W tekście opracowania znajduje się bezpośrednie odwołanie do Studium Wykonalności projektów Geoportal 2 i Teryt 3. W wielu fragmentach opracowania są odniesienia do projektów Geoportal 2 i Teryt 3. W tekście zostały przedstawione liczne przykłady planowanych produktów, jak np. dokładny spis treści zawierający 62 (sześćdziesiąt dwa) rozdziały i podrozdziały Planu projektu. Podobnie, również ze spisem treści, został przedstawiony produkt Szczegółowe Zasady Realizacji Wsparcia. Została również zamieszczona przykładowa procedura zarządzania zmianami jako jedna z procedur koordynujących prace Konsorcjum. Procedura zawiera definicje, wykaz odpowiedzialności, tryb postępowania. Zostały zaplanowane działania w projektach Geoportal 2 i Teryt 3 mające na celu wdrożenie procedur zarządczych, dostosowanie szablonów dokumentów, przeprowadzenia szkoleń. Obszernie został zaproponowany proces drożenia metodyki zarządzana Projektem Geoportal 2 i Teryt 3 w sposób iteracyjny, uwzględniający cztery iteracje z licznymi etapami pośrednimi. Osobno został opisany także proces zarządzania dokumentacją dla projektów Geoportal 2 i Teryt 3 z uwzględnieniem dotychczasowej dokumentacji oraz funkcjonującej w GUGIK dokumentacji organizacyjnej oraz instrukcji kancelaryjnej. Opisany został również Proces zarządzania repozytorium oraz archiwum Projektu Geoportal 2 i Teryt 3.

Zawartość oferty Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software w pełni odpowiada

wymaganiom najwyższej punktacji w tym podkryterium, co zostało wykazane powyżej. Punktacja ta powinna wynosić więc 10 punktów, podczas gdy Zamawiający przyznał ich jedynie 3.

III Utrzymanie - Zamawiający definiuje opis poprawny merytorycznie, uwzględniający charakterystykę i złożoność Projektów jako opis propozycji rozwoju modelu utrzymania dla projektów z uwzględnieniem elementów procesu utrzymania tzn. systemów informatycznych, danych oraz elementów poddawanych monitorowaniu i wskazanie kluczowych kierunków rozwoju dla modelu utrzymania i procesu monitorowania, w odniesieniu do zastosowania ich w przedmiotowym zamówieniu oraz przykłady planowanych produktów.

Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software w rozdziale 15.3 *Utrzymanie - przedstawienie opisu propozycji rozwoju modelu utrzymania dla projektów Geoportal 2 i Teryt 3* swojej oferty, zawarł szczegółowy opis propozycji rozwoju modelu utrzymania dla projektów z uwzględnieniem elementów procesu utrzymania tzn. systemów informatycznych, danych oraz elementów poddawanych monitorowaniu. Zaproponowane podejście oparte jest na jak najszybszym zweryfikowaniu, w jaki sposób i w jakim stopniu przedstawione elementy funkcjonują obecnie w GUGIK. Przeprowadzenie odpowiedniej analizy w pierwszym etapie wdrożenia koncepcji pozwoli na określenie ostatecznego modelu utrzymania. W opisie przedstawiono: procesy i funkcje utrzymania Systemów GUGIK objętych utrzymaniem, role, przynależne im zadania i odpowiedzialności, produkty opracowywane w ramach działań osób pełniących określone role w procesach lub funkcjach. Zaproponowano również dostosowany do projektów *Geoportai 2 i Teryt 3*, inkrementacyjny proces wdrożenia obejmujący: Przejęcie utrzymania, Stabilizacja struktury oraz Dojrzała organizacja / Doskonalenie struktury. Zostały przedstawione przykłady planowanych produktów, jak np. szczegółowe zadania funkcji wsparcia service desk, Organizacja sposobu dokonywania zgłoszeń, Proponowany sposób realizacji obsługi zgłoszeń wraz z diagramami obrazującymi przebieg procedur.

Opis propozycji rozwoju modelu utrzymania dla projektów w odniesieniu do zastosowania ich w przedmiotowym zamówieniu został przygotowany z uwzględnieniem specyfikacji GUGIK i projektów, zawiera odniesienia do takich czynników, jak:

- Organizacja - Strukturę organizacyjną GUGIK i dopasowanie zarówno ról jak i główne zadania realizowane w ich ramach;
- Systemy Informatyczne - Uwzględniono systemy w ramach Projektów Geoportal 2 i Teryt 3 w tym złożoność środowiska informatycznego i dodatkowe systemy zewnętrzne z którymi się komunikują;

- Czas - Uwzględniono ograniczenia czasowe związane z wdrożeniem produktów Projektów Geoportal 2 i Teryt 3 oraz wpływ tych terminów na wybór kolejności wdrożenia procesów oraz ich zakres;
- Zasoby finansowe - Uwzględniono środki przeznaczone na utrzymanie, uwzględniając koszty związane inkrementalnym wdrażaniem kolejnych procesów oraz uzasadnienia finansowego ich wdrażania (całkowite koszty utrzymania);
- Użytkownicy - Rodzaj oraz ilość przewidywanych użytkowników - zarówno wewnętrznych jak i zewnętrznych, uwzględniając ich rozszerzenie w przyszłości;

Zawartość oferty Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software w pełni odpowiada wymaganiom najwyższej punktacji w tym podkryterium, co zostało wykazane powyżej. Punktacja ta powinna wynosić więc 15 punktów, podczas gdy Zamawiający przyznał ich jedynie 4.

Należy podkreślić, iż uwzględnienie charakterystyki projektów nie może być przy tym postrzegane inaczej niż jej uwzględnienie w zakresie możliwym w oparciu o informacje zawarte w SIWZ.

Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software otrzymał bardzo niską punktację. Wynika to z faktu zaniżenia oceny Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software przez Zamawiającego oraz faktu, iż uwzględnienie charakterystyki i złożoności projektu przez Infovide Matrix SA może być pełniejsze. Nie ma ono jednak źródeł w lepszej analizie SIWZ i wykorzystaniu wiedzy z niej wynikającej do propozycji w ofercie, lecz z wiedzy ze specyfikacji nie wynikającej. Porównanie ofert wykonawcy Infovide Matrix SA z innymi ofertami nigdy nie będzie więc porównaniem obiektywnym. Oferta każdego wykonawcy może być porównywana więc wyłącznie do wymagań SIWZ. Inne działanie narusza związanie zamawiającego własnym regulaminem przetargu (SIWZ) w tym sposobem dokonywania oceny ofert w świetle kryteriów opisanym zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13, ze względu na art. 14 Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 Kc. Zamawiający nie wskazał jednak, jakich jego zdaniem, elementów w ofercie Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software brakuje, by uzyskać wysokie oceny w ramach każdego ze składników kryterium pozacenowego. Nie tylko więc nieprawidłowo ocenił oferty, ale także uniemożliwił skuteczne wniesienie odwołania utajniając sposób oceny ofert.

IV. Par. 4 ust. 12 Umowy z dnia 12.10.2010 nr ZP/BO-4-2500-6/GI-2500-25/2010/T2/2010 pomiędzy IVM-GUGIK na świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług wsparcia przy realizacji projektów GBDOT i TERYT2: *Wykonawca zobowiązuje się przez cały okres obowiązywania Umowy, do niepodejmowania jakichkolwiek*

działań, które mogłyby stać w sprzeczności z Usługami Wsparcia świadczonymi na rzecz Zamawiającego na podstawie Umowy, w szczególności prowadzić do powstania konfliktu interesów. Umowa ta obowiązuje do 31.12.2013 roku. Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do przywołanej wyżej Umowy - Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia usług wsparcia Zamawiającego m.in. w obszarach:

„pkt 1.3.1.a), 1.3.1.b) zarządzania projektem

pkt II.1.c) opracowanie i weryfikację założeń i wymagań dotyczących architektury biznesowej i technicznej, topologii systemów teleinformatycznych oraz struktury baz danych w uzgodnieniu i współpracy z Wykonawcą lub Wykonawcami zaangażowanymi w realizację usługi wsparcia dla innych realizowanych przez GUGiK projektów w tym projekcie Geoportal2.

pkt II.1.d) opiniowanie i opracowanie dokumentacji technicznej,

pkt II.1.e) określenie szczegółowych zasad współpracy (m.in. w zakresie zebrania, wymiany i udostępniania danych) pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w realizacji Projektów na różnych poziomach (centralny, wojewódzki, powiatowy i gminny) w uzgodnieniu i współpracy z Wykonawcą lub Wykonawcami zaangażowanymi w realizację usługi wsparcia dla innych realizowanych przez GUGiK projektów w tym projekcie Geoportal2,

Jak również do:

a) określanie kryteriów odbioru dostaw i usług oraz udział w kontrolach i odbiorach we wszystkich segmentach Projektów;

b) przygotowanie założeń testów / eksperymentów technicznych oraz opracowywanie opinii i protokołów;

c) wsparcie merytoryczne w bezpośredniej współpracy z wykonawcami, w tym nadzorowanie, kontrolowanie oraz raportowanie postępu prac”;

Tym samym obowiązki Wykonawcy wynikające z obowiązującej z Zamawiającym umowy obejmują swoim zakresem działania kontroli realizacji zadań, nadzorowanie i kontrolowanie postępu prac realizowanych przez innych wykonawców, w tym Wykonawców zaangażowanych w realizację usługi wsparcia w projekcie GEOPORTAL2. Zakaz podejmowania przez Wykonawcę działań stojących w sprzeczności z obowiązkami wykonawcy, w tym powodujących konflikt interesów, ma na celu zagwarantowanie rzetelności i bezstronności tej kontroli i nadzoru. Biorąc pod uwagę treść powyższych zobowiązań Wykonawcy, konsekwencją wyboru jego oferty byłby brak realnej możliwości egzekwowania przez Zamawiającego obowiązków wykonawcy w zakresie kontroli realizacji zadań, nadzorowania i kontrolowania postępu prac realizowanych przez innych wykonawców, w tym Wykonawcami zaangażowanymi w realizację usługi wsparcia w projekcie GEOPORTAL2, ze względu na popadnięcie przez wykonawcę w daleko idący

konflikt interesów. Wykonawca, jako realizujący zamówienie na usługi doradczo-konsultingowe dla projektów GEOPORTAL2 i TERYT 3 pełniłby zarówno rolę podmiotu upoważnionego do kontroli i nadzorowania prawidłowości swoich własnych działań oraz określającego kryteria odbioru i biorącego udział w odbiorach swoich własnych prac. Taki stan rzeczy niweczyłby gospodarczy sens umowy, w części dotyczącej obowiązków wykonawcy do zapewnienia kontroli realizacji zadań, nadzorowania i kontrolowania postępu prac realizowanych przez innych wykonawców, w tym Wykonawców zaangażowanych w realizację usługi wsparcia w projekcie GEOPORTAL2 oraz zakazu podejmowania działań powodujących konflikt interesów. Celem w/w postanowień umowy było zapewnienie Zamawiającemu bezstronnej, rzetelnej i zewnętrznej kontroli i nadzoru realizowanych projektów, w tym projektu GEOPORTAL2, co w przypadku wyboru oferty wykonawcy stałoby się niemożliwe.

Taki stan rzeczy jest również naruszeniem dobrych obyczajów, gdyż wykonawca, jako podmiot realizujący zamówienie i jednocześnie kontrolujący i nadzorujący jego prawidłowość, rażąco naruszyłby interes Zamawiającego. Co więcej, brak odrzucenia oferty wykonawcy, spowodowałby również uzyskanie przez ten podmiot znacznie przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami zamówienia, ze względu na możliwość kontroli i oceny prawidłowości swoich własnych działań oraz odbioru swoich własnych prac, według przygotowanych przez siebie kryteriów odbioru, podczas gdy inni wykonawcy, podlegać by mieli kontroli niezależnego podmiotu, według ustalonych przez ten podmiot i Zamawiającego kryteriów.

Wobec powyższego, zachodzi również określona w art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 ustawy Pzp podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy.

Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Infovide Matrix SA oraz wadliwa ocena ofert powodują iż Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software wnosil jak na wstepie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 15 marca 2013 r.

W dniu 18 marca 2013 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 19 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Infovide Matrix SA (dalej także jako „Przystępujący Infovide Matrix SA”) wnoszącego o oddalenie odwołania.

W dniu 20 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software wykonawcy Partner Consulting Sp. z o.o., ul. Przyczółkowa 400, 02-962 Warszawa wnoszącego o uwzględnienie odwołania w całości.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (pismo z 27 marca 2013 r.), w której wnosił o jego oddalenie w całości oraz przedstawiał szczegółową argumentację dotyczącą zarzutów podnoszonych w odwołaniu. W postępowaniu odwoławczym pisemnie stanowisko przedstawił także Przystępujący Infovide Matrix SA.

Sygn. akt KIO 597/13

W dniu 15 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Partner Consulting Sp. z o.o. ul. Przyczółkowa 400 02-962 Warszawa (dalej "Odwołujący Partner Consulting") wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Infovide-Matrix SA, wykluczeniu Odwołującego Partner Consulting z przedmiotowego postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący Partner Consulting zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego Partner Consulting z przedmiotowego postępowania, ponieważ zdaniem Zamawiającego nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu;
- 2) przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego Partner Consulting za odrzuconą;
- 3) przepisu art. 26 ust. 3 w związku z przepisem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp ponieważ Zamawiający z naruszeniem przesłanek określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego Partner Consulting do uzupełnienia dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 4 pkt 3) SIWZ, podczas gdy spełniły się przesłanki dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień określone w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający posiadał wątpliwości dotyczące tego kto był wykonawcą usługi oraz czy przedmiotem realizowanej usługi było przygotowanie Strategii promocji dla projektu;
- 4) zaniechania wezwania Odwołującego Partner Consulting do złożenia wyjaśnień na

podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do wątpliwości dotyczących tego kto był wykonawcą usługi oraz czy przedmiotem realizowanej usługi było przygotowanie Strategii promocji dla projektu,

- 5) przepisu art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Infovide-Matrix SA.

Na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy Pzp wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Infovide-Matrix SA;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego Partner Consulting i odrzucenia jego oferty z przedmiotowego postępowania;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
- 4) wezwanie Odwołującego Partner Consulting do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie warunku sformułowanego w rozdziale VII ust. 4 pkt 3) SIWZ na podstawie dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego w odniesieniu do wątpliwości dotyczących tego kto był wykonawcą usługi oraz czy przedmiotem realizowanej usługi było przygotowanie Strategii promocji dla projektu w przypadku, gdyby nie potwierdziło się spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku sformułowanego w rozdziale VII ust. 4 pkt 3) SIWZ na podstawie dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego, wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów przedmiotowym zakresie z podaniem szczegółowego uzasadnienia faktycznego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
- 5) dokonanie oceny „Koncepcji wsparcia Zamawiającego w rozwoju i utrzymaniu systemów dot. realizacji projektów GEOPORTAL 2 i projektu Teryt 3 w zakresie integracji wewnętrznej i zewnętrznej” złożonej przez Odwołującego Partner Consulting wraz z ofertą;
- 6) wybór najkorzystniejszej oferty Odwołującego Partner Consulting.

Odwołujący Partner Consulting wskazywał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w punkcie IV.2.1) Kryteria udzielenia zamówienia określił kryteria, jakimi będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

„Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów kryteria określone poniżej

1. Cena. Waga 40

2. Wartość merytoryczna oferty na podstawie opracowania pt. "Koncepcja wsparcia zamawiającego w rozwoju i utrzymaniu systemów dot. realizacji projektu GEOPORTAL 2 i projektu TERYT 3 w zakresie integracji wewnętrznej i zewnętrznej", w którym powinny być zawarte informacje dotyczące zakładanego przez wykonawcę sposobu realizacji usług określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Waga 60".

Odwołujący Partner Consulting zaoferował najniższą cenę spośród złożonych ofert:

1. Infovide-Matrix S.A. 3 453 148,13 zł brutto
 2. Konsorcjum 4pi -SMT Software 2 522 299,50 zł brutto
 3. Odwołujący Partner Consulting Sp. z o.o. 1 921 752,00 zł brutto
- bez mała dwukrotnie niższą, niż oferta uznana za najkorzystniejszą przez Zamawiającego.

Zatem punkty w kryterium cena powinny zostać przyznane następująco:

1. Infovide-Matrix S.A. 22,26 pkt
2. Konsorcjum 4pi -SMT Software 30,48 pkt
3. Odwołujący Partner Consulting Sp. z o.o. 40,00 pkt

Oferty Infovide-Matrix S.A. i konsorcjum, którego liderem jest 4pi Sp. z o.o. zostały ocenione przez Zamawiającego i uzyskały odpowiednio:

1. Infovide-Matrix S.A. 60,00 pkt
2. Konsorcjum 4pi -SMT Software 31,00 pkt

W odniesieniu do drugiego spośród kryteriów Zamawiający nie dokonał oceny złożonej przez Odwołującego Partner Consulting „Koncepcji”.

W łącznej punktacji powyższe oferty uzyskałyby odpowiednio:

1. Infovide-Matrix S.A. 82,26 pkt
2. Konsorcjum 4pi -SMT Software 61,48 pkt

Zatem oferta Odwołującego Partner Consulting powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w sytuacji, gdy ocena „Koncepcji” złożonej przez Odwołującego Partner Consulting będzie nie niższa niż 42,27 pkt. Odwołujący Partner Consulting podnosił, że w przypadku prawidłowego dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokonaniu oceny ofert, to oferta Odwołującego Partner Consulting zawierałaby

najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów cenotwórczych, a zatem powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Dokonanie naruszających przepisy ustawy Pzp czynności przez Zamawiającego może doprowadzić do powstania szkody po stronie Odwołującego Partner Consulting w postaci nieudzielenia zamówienia pomimo, iż Odwołujący Partner Consulting nie podlega wykluczeniu, złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i stanowi ofertę najkorzystniejszą biorąc pod uwagę zastosowane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty stało przesłane do Odwołującego Partner Consulting w dniu 6 marca 2013 roku. Odwołanie zostaje wniesione w dniu 15 marca 2013 r., a zatem z zachowaniem terminu przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 15 marca 2013 r., wobec czego Odwołujący się uczynił zadość wymaganiom art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Pozostała część uzasadnienia została przez Odwołującego Partner Consulting objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, jednak w toku postępowania odwoławczego okoliczności dotyczące usługi zastrzeżonej przez Odwołującego Partner Consulting jako tajemnica przedsiębiorstwa, a dotyczącej potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego, zostały ujawnione w zakresie, który pozwalał na uznanie, iż dalsze zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogło być uznane za skuteczne. Przystępujący Infovide Matrix SA w złożonym przez siebie piśmie procesowym wskazywał, że ujawnienie w spisie treści „Uzupełnienia oferty” informacji o podmiocie realizującym kwestionowaną usługę oraz jej przedmiot stanowiły dla Przystępującego Infovide Matrix SA dostateczną informację pozwalającą zweryfikować wszelkie istotne okoliczności dotyczące podstaw wykluczenia Odwołującego Partner Consulting, a co za tym idzie również okoliczności zawartych odwołaniu. Skoro zatem informacja na temat przedmiotu kwestionowanej usługi, odbiorcy oraz jej wartości została ujawniona do informacji publicznej to odpadła podstawowa przesłanka kwalifikująca tą informację do objęcia jej tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z przepisem art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym stanie rzeczy oczywistym zdaniem Przystępującego Infovide Matrix SA stawał się też wniosek, że i treść uzasadnienia odwołania, która została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa właśnie ze względu na te informacje również obecnie nie może podlegać prawnej ochronie i powinno zostać udostępnione Przystępującemu Infovide Matrix SA. Wskazywał, że jak wynika z udostępnionej mu do wglądu dokumentacji postępowania jawnej części oferty Odwołującego Partner Consulting oraz prowadzonej z nim korespondencji, a w szczególności ze Spisu treści pisma Odwołującego Partner Consulting zawierającego „Uzupełnienie oferty” dołączone zostało Oświadczenie o wykonaniu przez KAI INFO Sp. z o.o. strategii promocji w Projekcie „Promocja Profilu Zaufanego w Projekcie ePUAP” wraz z załączoną pierwszą

stroną umowy o nr 2011/CPI/26/KAI INFO pomiędzy CPI MSWiA oraz KAI INFO Sp. z o.o. oraz Załącznikiem nr 1 do umowy. Niewątpliwie zatem Odwołujący Partner Consulting złożył wobec powyższego wyjaśnienia w powyższym zakresie, tym niemniej w dalszym ciągu nie były one w stanie rozwiązać wątpliwości Zamawiającego. Dlatego zmuszony był on dodatkowo wyjaśnić tą kwestię poprzez zwrócenie się z prośbą o informację bezpośrednio do Centrum Projektów Informatycznych MSWiA jako odbiorcy tych usług. Takie działanie Zamawiającego jest zatem przejawem wysokiej dbałości o zachowanie odpowiednich standardów prowadzonego postępowania. Praktykę taką potwierdza również Izba, m. in. w wyroku z dnia 22 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO 939/12) wskazując, iż: *„Należy przyznać, że postępowanie wyjaśniające przeprowadzone przez Zamawiającego bezpośrednio u odbiorcy świadczy o zachowaniu należytej staranności z jego strony (...)*”. Mając na uwadze, iż podstawą wykluczenia Odwołującego Partner Consulting z postępowania jest kwestionowany przez niego fakt niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VII ust. 4 pkt 3 SIWZ Przystępujący Infovide Matrix SA dla weryfikacji tych okoliczności również zwrócił się z prośbą do odbiorcy kwestionowanych usług - CPI MSWiA o udostępnienie dokumentów związanych z kwestionowaną usługą. W odpowiedzi na wniosek Przystępującego Infovide Matrix SA CPI MSWiA przekazało Przystępującemu Infovide Matrix SA umowę zawartą z KAI INFO wraz z załącznikami oraz formularzami udzielenia zleceń nr 1 i 2 oraz protokoły odbioru tych zleceń. Dodatkowo odbiorca usług wskazał, iż umowa w oparciu, o którą realizowane było zlecenie została wykonana nienależycie - Wykonawcy usług zostały naliczone kary umowne, które nie zostały dotąd zapłacone. Oznacza to w istocie, iż wykazane w ofercie usługi nie zostały prawidłowo zrealizowane. Ponadto sam Odwołujący Partner Consulting w toku postępowania przed Izbą przedstawiał stanowisko dotyczące okoliczności uprzednio zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie podtrzymując w tym zakresie żądania wyłączenia jawności rozprawy. Należy zatem uznać, iż pierwotne zastrzeżenie nie było przez niego podtrzymane, a Izba uznała, iż spośród przedkładanych przez Odwołującego Partner Consulting dokumentów jedynie treść „Założeń strategicznych promocji Profilu Zaufanego Bief dla kreacji 30 maja 2011 r.” nie podlega ujawnieniu.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w całości w dniu 15 marca 2013 r.

W dniu 18 marca 2013 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania (część jawna).

Dnia 19 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Infovide-Matrix SA po stronie

Zamawiającego, w którym to przystąpieniu wnoszono o oddalenie odwołania w całości.

Dnia 20 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum 4pi – SMT Software również wnoszących o oddalenie odwołania.

W toku postępowania przed Izłą Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania i przedstawił szczegółową argumentację dotyczącą zarzutów odwołania. Stanowiska pisemnie przedstawili także Odwołujący partner Consulting oraz Przystępujący Infovide-Matrix SA.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępujących przedstawione w pismach procesowych i ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 595/13

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software spełnia także określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp materialno-prawne wymogi wniesienia odwołania. Złożył ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji według kryteriów oceny ofert. Potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu więc możliwość uzyskania zamówienia, której na skutek zarzucanych nieprawidłowości został pozbawiony.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zauważa, iż Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software zarzucał Zamawiającemu naruszenie szeregu przepisów ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego, przy czym sposób sformułowania odwołania, które nie zawiera jednoznacznego powiązania postawionych zarzutów z ich uzasadnieniem faktycznym znacząco utrudnia odniesienie się przez Izbę do argumentacji Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software. Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp w odwołaniu należy wskazać m.in. zwięzłe przedstawienie zarzutów i żądań oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Na pojęcie

zarzutu składa się zatem zarówno przywołane w odwołaniu naruszenie przepisu prawa, jak i uzasadnienie faktyczne stawianego zarzutu. Równocześnie konsekwencje wadliwej prezentacji zarzutów obciążają Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software. Nie jest bowiem zadaniem Izby dedukowanie na podstawie analizy całości treści odwołania poszczególnych zarzutów oraz ich uzasadnienia ani dopasowywanie przedstawionej argumentacji do ogólnie sformułowanych zarzutów. Słusznie zauważał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, iż postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, a precyzyjne sformułowanie zarzutów oraz ich należyte udowodnienie spoczywa na Odwołującym Konsorcjum 4pi - SMT Software. Tym samym przedmiotem rozpoznania, analizy i oceny Izby będą tylko te zarzuty odwołania, których wywiedzenie i powiązanie ze wskazaną przez Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software argumentacją jest możliwe bez szczególnych zabiegów interpretacyjnych.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Infovide Matrix SA z postępowania jako wykonawcy, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania i którego udział miałby niekorzystny wpływ na uczciwą konkurencję. W ocenie Izby, wbrew stanowisku Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software, stan faktyczny istniejący w niniejszej sprawie nie potwierdza zasadności zastosowania wobec Przystępującego Infovide Matrix SA sankcji wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis ten przewiduje, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Niezbędną przesłanką zastosowania powyższego przepisu jest zatem wykazanie, że wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Dopiero w sytuacji zaistnienia przesłanek (lub jednej z nich), o których mowa wyżej, taki wykonawca musiałby udowodnić, iż mimo powyższych okoliczności jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Ustawa Pzp przez „przygotowanie postępowania” rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II „Przygotowanie postępowania” w art. 29 - 38 ustawy Pzp. Zaliczyć do nich należy: opis przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software

uzasadniając powyższy zarzut, podnosił, iż Przystępujący Infovide Matrix SA uczestniczył w sporządzeniu SIWZ oraz uczestniczył w szacowaniu zamówienia. Potwierdzeniem tego stanowiska miała być argumentacja, iż przygotowywane przez Infovide Matrix SA dokumenty stały się załącznikami do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej "SZOPZ").

Izba wskazuje, iż pojęcie bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania należy oceniać zarówno na płaszczyźnie, czy to konkretny wykonawca uczestniczył w wymienionych powyżej czynnościach przygotowawczych, jak i czy udział w tych czynnościach miał na celu przygotowanie prowadzonego postępowania. W ocenie Izby z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje jego zastosowania wykładnia tego przepisu winna mieć charakter ścisły i opierać się przede wszystkim na jego literalnym brzmieniu. Art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, aby czynności wykonawcy były związane z przygotowaniem prowadzonego (a zatem tego konkretnego) postępowania. Tym samym jego udział w czynnościach przygotowawczych, tj. sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, określenia wartości szacunkowej czy przygotowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, winien dotyczyć danego postępowania. Wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu może mieć zatem miejsce wtedy, gdy wykonawca mógł wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia, określenie wartości szacunkowej zamówienia, sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby niezbędne jest zatem, aby rezultat prac przygotowawczych na potrzeby danego postępowania był bezpośrednio wykorzystany w tym postępowaniu. Tymczasem z informacji przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego Infovide Matrix SA, którym Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software w żaden sposób nie zaprzeczył, wynika, że dokumenty będące autorstwa Przystępującego Infovide Matrix SA załączone do SIWZ były opracowywane w związku z realizacją umów, których stronami był Przystępujący Infovide Matrix SA i Zamawiający i nie powstawały na potrzeby tego skonkretyzowanego postępowania. Ich załączenie do SIWZ miało służyć nie tyle opisaniu przedmiotu zamówienia, który ma zostać przez wykonawcę wykonany, co przedstawieniu kompleksowej informacji o stanie projektów objętych zamówieniem. Ponadto dokumenty te były już niejednokrotnie wykorzystywane w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. To Zamawiający zatem jako dysponent autorskich praw majątkowych do efektów prac wykonawcy wykonanych w ramach innych łączących go z Infovide Matrix SA umów decydował następnie, które spośród dokumentów winny być udostępnione wszystkim wykonawcom, aby mieli oni możliwość wyczerpującego zapoznania się z aktualnym stanem realizacji projektów, co z kolei było istotne dla prawidłowego sporządzenia oferty. Żaden z przedmiotowych dokumentów nie był zatem przygotowany

przez Infovide Matrix SA na potrzeby przedmiotowego postępowania. Należy zauważyć, iż dotyczy to także Studium Wykonalności Teryt 3, sporządzanego na potrzeby umowy o dofinansowanie projektu prowadzonego przez Zamawiającego. Także oszacowania wartości całego projektu Teryt 3 na potrzeby umowy o dofinansowanie obejmujące w szczególności wycenę usług wsparcia objętych niniejszym postępowaniem nie można utożsamiać z ustalaniem wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający podnosił, iż wartość szacunkową zamówienia ustalał samodzielnie, co wynika z dokumentacji postępowania. a Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż nawet ewentualny udział w szacowaniu wartości zamówienia nie świadczyłby w sposób bezdyskusyjny o zachwianiu konkurencji w niniejszym postępowaniu, skoro wartość szacunkowa podlegała ujawnieniu przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, a cena oferty Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software była znacząco niższa niż cena oferty Przystępującego Infovide-Matrix SA . W ocenie Izby również przywoływane przez Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software okoliczności o zawarciu szeregu umów doradczych pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym Infovide-Matrix SA, co uzasadniania zdaniem Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software stwierdzenie, że *"nie jest możliwe nabycie porównywalnej wiedzy przez żaden inny podmiot działający na rynku"*, jak również przywoływana stała obecność Przystępującego Infovide-Matrix SA u Zamawiającego bezpośrednio przed jak i w trakcie postępowania budząca zdaniem Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software wątpliwości co do obiektywizmu procesu wyboru, nie świadczą o bezpośrednim udziale tego wykonawcy w czynnościach związanych z przygotowywaniem postępowania. Należy zauważyć, iż art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wymaga kumulatywnego spełnienia przesłanek bezpośredniego udziału w czynnościach związanych z przygotowywaniem postępowania lub posługiwania się przy sporządzaniu oferty osobami biorącymi udział w takich czynnościach oraz negatywnego wpływu udziału takiego wykonawcy na konkurencję. Pozostawanie w stosunkach umownych określonego wykonawcy z zamawiającym nawet gdy łączy się z realizacją zadań powiązanych rzeczowo z przedmiotowym postępowaniem, nie oznacza bezpośredniego udziału w przygotowywaniu postępowania, o ile nie zostanie wykazane, że istotnie wykonawca ten uczestniczył w czynnościach przygotowawczych danego postępowania. Brak takiego udziału wyklucza ocenę spełnienia drugiej przesłanki - ewentualnego negatywnego wpływu udziału wykonawcy na konkurencyjność w postępowaniu. Celem art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest eliminacja z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu (KIO 1536/11). Chodzi zatem o takie podmioty, które poprzez swój udział w czynnościach przygotowawczych mogły uzyskać wiedzę faworyzującą ich względem innych wykonawców czy też wpływać na warunki

postępowania, ustalając je w sposób dla siebie bardziej dogodny, korzystny. Bez znaczenia dla oceny przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest także zarzucana przez Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software stała obecność Przystępującego Infovide Matrix SA u Zamawiającego z uwagi na realizację łączących obie strony stosunków umownych, o ile obecność ta pozostawała bez wpływu na czynności przygotowawcze w postępowaniu. Izba uznała, że przedstawiony przez Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software dowód w postaci zrzutów z ekranu SIWZ wskazujących we właściwościach dokumentu na jego autorstwo przez Przystępującego Infovide-Matrix SA nie ma waloru przesądzającego, że merytoryczna zawartość SIWZ, w tym warunki udziału czy kryteria oceny ofert były opracowywane przez Przystępującego Infovide-Matrix SA. Izba za wiarygodne uznała wyjaśnienia Zamawiającego, iż oznaczenie Przystępującego Infovide-Matrix SA na wersji elektronicznej dokumentu SIWZ zamieszczonego na stronie internetowej dotyczy szablonu dokumentu wykorzystywanego przez Zamawiającego. Ponadto powyższy dowód nie może stanowić jedynego potwierdzenia okoliczności podnoszonej przez Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software. Należy zauważyć, że zamówienia dokonywane przez Zamawiającego na podstawie wiążących go z wykonawcą Infovide Matrix SA relacji umownych dokonywane były w formie szczegółowych zleceń, toteż powierzenie czynności związanych z przygotowaniem postępowania również winno ulec uzewnętrznieniu w drodze określonego zlecenia. Zamawiający stanowczo takiej okoliczności zaprzeczał, a Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie przedstawił poza powyżej wymienionym żadnego dowodu, który pozwoliłby na stwierdzenie takiego powierzenia względnie, że Zamawiający w tej szczególnej okoliczności skorzystał z usług Przystępującego Infovide-Matrix SA z pominięciem stosowanej procedury. Izba zauważa, że Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie wykazał, aby osoby, przy pomocy których Infovide-Matrix SA wykonuje umowę z 12 października 2010 r. brały udział w przygotowaniu niniejszego postępowania, co obligowałoby Zamawiającego do wykazania tych osób w protokole postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiłoby równocześnie potwierdzenie udziału Przystępującego Infovide-Matrix SA w przygotowywaniu postępowania. Słusznie zauważał Przystępujący Infovide-Matrix SA, że ciężar dowodu tej okoliczności spoczywa zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego na Odwołującym Konsorcjum 4pi - SMT Software, któremu to ciężarowi dowodowemu Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie sprostał. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie zdołał zatem wykazać, że Przystępujący Infovide-Matrix SA istotnie wpływał na treść SIWZ, w tym opis kryteriów oceny ofert w szczególności kryterium wartość merytoryczna oferty na podstawie opracowania pt. „Konceptcja wsparcia Zamawiającego w rozwoju i utrzymaniu systemów dot. realizacji projektu Geoportal 2 i projektu Teryt 3 w zakresie integracji wewnętrznej i zewnętrznej.” Okoliczność ta zdaniem Izby nie została przez Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT

Software ani dowiedziona ani nawet uprawdopodobniona. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software szeroko argumentował o powiązaniach pomiędzy poszczególnymi podkryteriami wskazanymi w kryterium wartość merytoryczna oferty na podstawie opracowania pt. „Koncepcja wsparcia Zamawiającego w rozwoju i utrzymaniu systemów dot. realizacji projektu Geoportal 2 i projektu Teryt 3 w zakresie integracji wewnętrznej i zewnętrznej” a zakresem prac wykonanych uprzednio przez Przystępującego Infovide-Matrix SA w wyniku realizacji usług doradczych, co zdaniem Izby nie może jednak stanowić dowodu dla twierdzenia, iż to Przystępujący Infovide-Matrix SA sporządził powyższe kryteria. Zdaniem Izby nie zostało też dowiedzione, jaką szczególną wiedzę związaną z zarzucanym uczestnictwem w przygotowaniu przedmiotowego postępowania powziął Przystępujący Infovide-Matrix SA. Słusznie zauważał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software odwoływał się nie tyle do okoliczności związanych z przygotowaniem niniejszego postępowania, co właściwości podmiotowych Przystępującego Infovide-Matrix SA mających swoje źródło w nabyciu doświadczenia wynikającego z realizacji innych zamówień na rzecz Zamawiającego uzyskanych w trybie zamówień publicznych. Powyższa okoliczność nie pozwala jednak na przyjęcie, że wypełniona jest przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który to przepis wymaga aby to skutkiem bezpośredniego udziału wykonawcy w przygotowaniu danego postępowania było powzięcie takiej wiedzy czy uzyskania wpływu na wynik postępowania, które to okoliczności stawiają go w pozycji bardziej uprzywilejowanej od innych wykonawców. Przepis nie upoważnia natomiast do eliminacji wykonawców, którzy posiadają określoną wiedzę na skutek realizacji na rzecz Zamawiającego innych zamówień, o ile nie można ustalić bezpośredniego związku przyczynowego pomiędzy przygotowywaniem postępowania a posiadaną wiedzą. Również określone zapisy umowne obligujące do unikania konfliktu interesów (a zdaniem Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software uczestnictwo i zawarcie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia stanowiłoby naruszenie tego zakazu), nie potwierdza zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software, że ze względu na fakt współpracy z Zamawiającym z uwagi na realizację innych umów oraz opracowanie Studium Wykonalności projektu Teryt 3 Przystępujący Infovide-Matrix SA był w stanie przygotować swoją ofertę w krótszym czasie. Należy zauważyć, iż Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia (obejmujący m.in. Studium Wykonalności) został wykonawcom przedstawiony wraz z SIWZ i mieli oni jednakowo określony czas na przygotowanie oferty, zaś Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software w toku postępowania nie zgłaszał uwag co do terminów wyznaczonych przez Zamawiającego ani braku możliwości rzetelnego przygotowania oferty w wyznaczonych terminach. Należy zauważyć, iż oferta Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software była znacząco tańsza niż oferta Przystępującego Infovide-

Matrix SA i w kryterium cena - 40 % uzyskała 40 pkt. W odniesieniu do ewentualnej nierówności wykonawców co do możliwości sporządzenia ww Koncepcji wsparcia Zamawiającego w rozwoju i utrzymaniu systemów dot. realizacji projektu Geoportal 2 i projektu Teryt 3 w zakresie integracji wewnętrznej i zewnętrznej" jak było to już wskazane Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie wnosił o przedłużenie terminu składania ofert ani nie kwestionował wyznaczonych terminów z powołaniem się na niewystarczający czas dla sporządzenia konkurencyjnej oferty. Co więcej jak zauważał Przystępujący Infovide-Matrix SA zadeklarował w ofercie, iż zapozna się z dokumentacją postępowania w okresie nie przekraczającym tygodnia, za co w podkryterium 4- uzyskał maksymalną liczbę punktów (20). Uznał zatem, iż jest to okres wystarczający dla powzięcia wszelkich niezbędnych informacji, aby przystąpić do realizacji zamówienia, tym bardziej zatem należałoby przyjąć, że wyznaczony termin na sporządzenie oferty obejmującej "Koncepcję wsparcia Zamawiającego w rozwoju i utrzymaniu systemów dot. realizacji projektu Geoportal 2 i projektu Teryt 3 w zakresie integracji wewnętrznej i zewnętrznej" nie potwierdza istnienia przewagi konkurencyjnej po stronie Przystępującego Infovide-Matrix SA.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła jego niezasadność. Jako okoliczności uzasadniające zaistnienie powyższego zarzutu Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software wskazywał, że obowiązki wynikające z umowy z 12 października 2010 r. nr ZP/BO-4-2500-6/GI-2500-25/2010/T2/2010 obejmują swoim zakresem kontrolę realizacji zadań, nadzorowanie i kontrolowanie postępu prac realizowanych przez innych wykonawców w tym wykonawców zaangażowanych w realizację usługi wsparcia w projekcie Geoportal 2. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software podnosił zatem, że konsekwencją wyboru Przystępującego Infovide-Matrix SA w niniejszym postępowaniu byłby brak realnej możliwości egzekwowania przez Zamawiającego obowiązków wykonawcy wynikających z tej umowy ze względu na popadnięcie przez Infovide-Matrix SA w konflikt interesów. Odwołujący stwierdzał *"Taki stan rzeczy niweczyłby gospodarczy sens umowy, w części dotyczącej obowiązków wykonawcy do zapewnienia kontroli realizacji zadań, nadzorowania i kontrolowania postępu prac realizowanych przez innych wykonawców, w tym Wykonawców zaangażowanych w realizację usługi wsparcia w projekcie GEOPORTAL2 oraz zakazu podejmowania działań powodujących konflikt interesów. Celem w/w postanowień umowy było zapewnienie Zamawiającemu bezstronnej, rzetelnej i zewnętrznej kontroli i nadzoru realizowanych projektów, w tym projektu GEOPORTAL2, co w przypadku wyboru oferty wykonawcy stałoby się niemożliwe. Taki stan rzeczy jest również naruszeniem dobrych obyczajów, gdyż wykonawca, jako podmiot realizujący zamówienie i jednocześnie kontrolujący i nadzorujący jego prawidłowość, rażąco naruszyłby interes Zamawiającego. Co więcej, brak odrzucenia oferty wykonawcy,*

spowodowałby również uzyskanie przez ten podmiot znacznie przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami zamówienia, ze względu na możliwość kontroli i oceny prawidłowości swoich własnych działań oraz odbioru swoich własnych prac, według przygotowanych przez siebie kryteriów odbioru, podczas gdy inni wykonawcy, podlegać by mieli kontroli niezależnego podmiotu, według ustalonych przez ten podmiot i Zamawiającego kryteriów".

Zauważyć należy, iż Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie sprecyzował jakiego czynu nieuczciwej konkurencji dopuścił się Przystępujący Infovide-Matrix SA, składając ofertę. Wskazał jedynie ogólnikowo, iż zarzucane naruszenie zakazu unikania konfliktu interesów poprzez łączenie funkcji wykonawcy i podmiotu nadzorującego świadczy o naruszeniu dobrych obyczajów oraz zaistnieniu przewagi konkurencyjnej kosztem innych wykonawców, co należy uznać za argumentację niewystarczającą. Słusznie zauważał Zamawiający, iż Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software zobligowany był do jednoznacznego wskazania, jaki czyn nieuczciwej konkurencji został popełniony wraz z wykapaniem przesłanek warunkujących jego zaistnienie. Tylko wówczas możliwym byłaby ewentualna ocena zasadności podnoszonej argumentacji. Ponadto Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software wskazywał nie tyle na okoliczności wynikające z treści oferty Przystępującego Infovide-Matrix SA, a te zgodnie z treścią art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp podlegają ocenie z punktu widzenia powyższego przepisu, co odnoszące się do właściwości podmiotowych wykonawcy, łączących go stosunków umownych oraz potencjalnych wadliwości wykonywania przyszłej umowy. Zdaniem Izby żadna z tych okoliczności nie świadczy o zaistnieniu przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W zakresie oceny podmiotowej wykonawcy ustawa Pzp przewiduje odrębną sankcję wykluczenia wykonawcy, w tym w oparciu o w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe konsekwencje związane są zatem z negatywną oceną udziału wykonawcy w postępowaniu z uwagi na konieczność zagwarantowania uczciwej konkurencji. Niespełnienie przesłanek, o których mowa w tym przepisie skutkuje pozostawieniem wykonawcy w postępowaniu. Tymczasem art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy oceny oferty - przewiduje bowiem, że odrzuceniu podlega oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym to oferta musi zawierać elementy, które świadczą o tym, że wykonawca poprzez jej złożenie dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji, nie zaś podmiotowa ocena wykonawcy. Zdaniem Izby skoro ustawa Pzp wprowadza dwa reżimy wyłączenia wykonawcy z postępowania, przewidując w tym zakresie odrębne przesłanki - wykluczenie wykonawcy i odrzucenie oferty - należy powyższe przepisy stosować konsekwentnie i niezależnie. Ponadto okoliczności przywoływane przez Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software podlegają ocenie z punktu widzenia prawidłowości wykonania obowiązków umownych i ewentualnych konsekwencji ich naruszenia, a nie wadliwości oferty Przystępującego Infovide-Matrix SA. Równocześnie Izba

zauważa, iż Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie wykazał, iż istotnie zachodzi ryzyko konfliktu interesów. Zamawiający i Przystępujący Infovide-Matrix SA wskazywali, że przedmiotem umów zawartych przez Zamawiającego z Przystępującym Infovide-Matrix SA było świadczenie usług doradczo konsultingowych dla projektu Geoportal 2 (zakończenie umowy 31.12.2012 r.) oraz usług wsparcia przy realizacji projektów GBDOT oraz TERYT 2 (a nie jak wskazuje Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software TERYT 3). Zamawiający wskazywał, że projekt TERYT 2 został zakończony 31.12.2012 roku. Zadania wykonywane przez firmę wspierającą były realizowane w ramach już zakończonych umów. Produkty (prace doradcze) zrealizowane w ramach tych umów zostały odebrane i wdrożone w projektach, a zadania jakie zostały postawione przed wykonawcą nowej umowy, mają dotyczyć nowych działań i koncepcji opartych na bazie już zrealizowanych prac. Umowa, która była zawarta na wsparcie przy realizacji projektów GBDOT oraz TERYT 2 obowiązuje już zatem tylko dla projektu GBDOT i firma wspierająca współpracuje wyłącznie z zespołem projektu GBDOT, nie ma zatem ryzyka, że Infovide-Matrix SA będzie dokonywała weryfikacji i kontroli własnych działań realizowanych na podstawie innej umowy z Zamawiającym.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp należy zauważyć, iż w treści odwołania zarzut ten nie został odrębnie uzasadniony. Powołano się na tę samą argumentację, jak w przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Na rozprawie Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software wskazywał na naruszenie art. 58 Kc w związku z naruszeniem zasad współzycia społecznego. W odwołaniu nie wskazano na naruszenie zasad współzycia społecznego ani nie doprecyzowano, jakie zasady zostały naruszone. Samo przywołanie normy prawnej z hasłowym uzasadnieniem nie wyczerpuje obowiązku podania uzasadnienia podnoszonego zarzutu (stanowiącego konieczny element samego zarzutu), co z kolei nakładałoby na Izbę obowiązek jego rozpoznania. Zdaniem Izby Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie uzasadnił przesłanek dla ewentualnej nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów powodującej konieczność jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny. Zgodnie z przedmiotowym przepisem specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Analiza SIWZ przygotowanej przez Zamawiającego pozwala na stwierdzenie, że elementy wskazane w powyższym przepisie zostały uwzględnione. Sam Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software powołuje powyższe kryteria, wskazując choćby na wadliwą ocenę własnej oferty w podanym w SIWZ kryterium pozacenowym. Brak jest zatem uzasadnienia dla zarzutu

naruszenia powyższego przepisu. Ponadto powołana regulacja dotyczy treści SIWZ, zatem wskazywanie na ewentualne wadliwości SIWZ w odniesieniu do sposobu sformułowania kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu odwoławczym należy uznać za spóźnione. Z kolei jeśli celem Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software było kwestionowanie sposobu oceny ofert zgodnie z kryteriami zawartymi w SIWZ, przywoływanie jako podstawy prawnej art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp należy uznać za wadliwe.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż przepis ten nie określa stopnia szczegółowości uzasadnienia faktycznego wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjąć jednak należy, iż uzasadnienie powinno być na tyle wyczerpujące, aby umożliwiło wykonawcy zapoznanie się z motywami decyzji Zamawiającego. Równocześnie jednak uzasadnienie musi uwzględniać okoliczność, że część oferty podlegająca ocenie w przyjętym w SIWZ kryterium oceny ofert została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, a zastrzeżenie to nie zostało w żaden sposób podważone. Konsekwencją skutecznego zastrzeżenia poufności oferty jest zatem fakt, że uzasadnienie oceny oferty wykonawcy udostępniane innym wykonawcom musi zapewniać utrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie może zatem odnosić się do okoliczności, które mogłyby skutkować ujawnieniem zastrzeżonych treści. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software o braku uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej - Zamawiający podał ocenę punktową w poszczególnych kryteriach. Bardziej szczegółowa ocena oferty Przystępującego Infovide-Matrix SA wymagałaby zapewne odniesienia się do zastrzeżonych elementów oferty tego wykonawcy. Z kolei podanie ogólnikowego uzasadnienia przyznanej punktacji i tak nie pozwalałoby na faktyczną weryfikację merytorycznych podstaw oceny, skoro niedopuszczalnym było ujawnienie szczegółów rozwiązań proponowanych przez tego wykonawcę w „Konceptji wsparcia Zamawiającego w rozwoju i utrzymaniu systemów dot. realizacji projektu Geoportal 2 i projektu Teryt 3 w zakresie integracji wewnętrznej i zewnętrznej” ocenianej w poszczególnych podkryteriach. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software w treści odwołania wskazywał zresztą przede wszystkim na nieujawnienie punktacji w poszczególnych podkryteriach w kryterium pozacenowym, co również poczytywał za braki w uzasadnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Istotnie rację należy przyznać Odwołującemu Konsorcjum 4pi - SMT Software, iż punktacja w określonych w SIWZ podkryteriach nie jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż stanowi jedynie wyraz oceny przez Zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę, a poprzez ujawnienie takiej punktacji nie następuje złamanie żadnych zasad poufności, skoro przedmiotem ujawnienia jest tylko liczba przyznanych punktów. Brak takiej informacji nie stanowi jednak o wadzie samego uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż jak było wskazane powyżej art. 92 ust.

1 pkt 1 ustawy Pzp nie określa stopnia szczegółowości takiej informacji. Kryteriami oceny ofert były bowiem cena i wartość merytoryczna oferty na podstawie opracowania „Koncepcji wsparcia Zamawiającego w rozwoju i utrzymaniu systemów dot. realizacji projektu Geoportal 2 i projektu Teryt 3 w zakresie integracji wewnętrznej i zewnętrznej”, a informacja o uzyskanej w tych kryteriach punktacji była przez Zamawiającego podana. Ponadto Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software pomija okoliczność, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy brak podania punktacji w poszczególnych podkryteriach nie mógł mieć żadnego negatywnego skutku dla zakresu uprawnień Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software. Ocenie podlegały bowiem tylko dwie oferty, przy czym oferta Przystępującego Infovide-Matrix SA uzyskała w kryterium pozacenowym maksymalną liczbę punktów. Z kolei Odwołującemu Konsorcjum 4pi - SMT Software udostępniono pismo z 1 marca 2013 r. zawierające merytoryczną ocenę jego oferty wraz z punktacją w poszczególnych podkryteriach w kryterium pozacenowym. Nie sposób zatem uznać, jak argumentuje Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software, iż brak ujawnienia punktacji w poszczególnych podkryteriach miał na celu ukrycie metody oceny. W stanie faktycznym niniejszej sprawy jedynym skutkiem niepodania punktacji w poszczególnych podkryteriach mogłoby być ograniczenie możliwości sprawdzenia matematycznej poprawności w wyliczeniu punktacji oferty dla kryterium pozacenowego. Taka wadliwość nie miała jednak miejsca. Stwierdzić natomiast należy, iż zakres uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnego z art. 92 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp nie obejmuje indywidualnych ocen poszczególnych członków komisji przetargowej.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software wskazywał, że nie zostały mu udostępnione informacje o ocenach przyznanych w poszczególnych podkryteriach przez każdego z członków komisji. W toku postępowania odwoławczego ustalone zostało, że członkowie komisji nie sporządzali indywidualnych uzasadnień dla przyznawanej przez siebie punktacji. Ograniczono się do przyznania punktacji w poszczególnych podkryteriach przez każdego z członków komisji, a ocena merytoryczna danej oferty została sporządzona łącznie, z uwzględnieniem stanowisk członków komisji. Nie istniał zatem dokument, na którego nieudostępnienie Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software się powoływał, a i sama SIWZ nie przewidywała, ustalając sposób oceny ofert, stopnia szczegółowości ocen członków komisji przetargowej, czemu Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie zaprzeczał. Z przedmiotową oceną własnej oferty zawartą w piśmie z 1 marca 2013 r. (objętym tajemnicą przedsiębiorstwa) Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software się zapoznał, natomiast co do oceny merytorycznej oferty Przystępującego Infovide-Matrix SA brak jest podstaw dla żądania jej ujawnienia skoro treść oferty w tym zakresie także została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, a sama ocena musi

do tej treści się odnosić. Kwestia skutku nieujawnienia punktacji w poszczególnych podkryteriach w kryterium pozacenowym omówiona została przy zarzucie naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 2,3 i 5 ustawy Pzp Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie podał odrębnego uzasadnienia. Należy jednak zwrócić uwagę, iż Zamawiający zobowiązany jest respektować skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Słusznie zauważał natomiast Zamawiający, iż w zakresie art. 96 ust. 5 ustawy Pzp dopuszczenie się jego naruszenia przez Zamawiającego w ogóle nie jest możliwe, skoro zawiera on normę kompetencyjną do wydania aktu wykonawczego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zauważyć należy, iż Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software w treści odwołania de facto próbuje podważyć prawidłowość sporządzenia kryteriów oceny ofert. Wskazuje bowiem, że kryteria merytoryczne odpowiadają zakresowi prac realizowanych przez Przystępującego Infovide-Matrix SA na rzecz Zamawiającego. Powyższe zastrzeżenia na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za spóźnione. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software zdawał sobie bowiem sprawę, iż ustalone w SIWZ poszczególne podkryteria składające się na ocenę merytoryczną "Koncepcji wsparcia Zamawiającego w rozwoju i utrzymaniu systemów dot. realizacji projektu Geoportal 2 i projektu Teryt 3 w zakresie integracji wewnętrznej i zewnętrznej" mają charakter ocenny, choćby poprzez szeroki zakres możliwej do uzyskania punktacji oraz opis przesłanek dla przyznawania punktów, co z kolei rzutować będzie na ocenę ofert. Niewniesienie środków ochrony prawnej wobec tak opisanego kryterium pozacenowego oznacza, iż uznał je za określone w sposób prawidłowy i wystarczający dla przeprowadzenia merytorycznej oceny oferty – „Koncepcji wsparcia Zamawiającego w rozwoju i utrzymaniu systemów dot. realizacji projektu Geoportal 2 i projektu Teryt 3 w zakresie integracji wewnętrznej i zewnętrznej”. Powołując się na wadliwą ocenę własnej oferty, argumentacja Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software sprowadza się do ogólnikowych twierdzeń o nieprawidłowości dokonanej oceny, bez szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia dla wskazywanej przez siebie punktacji, która winna być mu w jego opinii przyznana. Żądanie ponownej oceny oferty Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software ma zatem charakter postulatu pozbawionego rzeczowego uzasadnienia. Zdaniem Izby to nie Zamawiający winien wykazywać, dlaczego nie przyznał Odwołującemu Konsorcjum 4pi - SMT Software maksymalnej czy wnioskowanej punktacji, lecz Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software, że jego oferta na takową zasługiwała. Za uzasadnienie ponowienia oceny oferty Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software nie można także uznać argumentacji, że ocena oferty Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software została dokonana w odniesieniu do oferty Przystępującego Infovide-

Matrix SA, a nie wymagań wynikających z SIWZ. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software stał bowiem na stanowisku, że Przystępujący Infovide-Matrix SA sporządził swoją ofertę, posiłkując się wiedzą, która nie wynika wyłącznie z SIWZ, lecz z faktu współpracy z Zamawiającym. Powyższe uniemożliwiło Odwołującemu Konsorcjum 4pi - SMT Software rzeczywiste konkurowanie z Przystępującym Infovide-Matrix SA, gdyż znał on oczekiwania Zamawiającego oraz posiadał wiedzę niedostępną innym wykonawcom. Należy zauważyć, iż zarzut oceny oferty Odwołującego Konsorcjum 4pi - SMT Software w odniesieniu do oferty Przystępującego Infovide-Matrix SA pozostaje tylko spekulacją. Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie przywołał żadnych okoliczności, choćby wynikających z udostępnionej mu merytorycznej oceny jego oferty, który powyższy zarzut by uzasadniały.

Odnosnie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący Konsorcjum 4pi - SMT Software nie przedstawił odrębnej argumentacji dla ich uzasadnienia. Należy zatem uznać, iż zarzuty te winny być rozpatrywane w kontekście podnoszonych naruszeń szczegółowych przepisów, które nie znalazły potwierdzenia.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Sygn. akt KIO 597/13

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis. Izba oddaliła wniosek Przystępującego Konsorcjum 4pi – SMT Software o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Przystępujący Konsorcjum 4pi – SMT Software argumentował, iż z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wobec znacznej części uzasadnienia odwołania Zamawiający nie miał możliwości przekazania jego pełnej kopii wykonawcom biorącym udział w postępowaniu uprawnionym do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, a zatem nie mógł zapewnić im efektywnej możliwości zapoznania się z argumentacją Odwołującego Partner Consulting i należytego przygotowania się do postępowania odwoławczego. Izba zauważa, iż art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp przewiduje obowiązek odrzucenia odwołania w

przypadku, gdy odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, tj. przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Izba ustaliła, że Zamawiający otrzymał pełną kopię odwołania, łącznie z częścią uzasadnienia zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa w dniu 15 marca 2013 r. Tym samym nie ziszcila się przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie Izby podstawy dla odrzucenia odwołania jako przewidujące tak daleko idący skutek, jakim jest wyłączenie merytorycznego rozpoznania odwołania, interpretować należy w sposób ścisły, zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Tym samym ograniczenie możliwości przekazania pełnej treści odwołania wykonawcom, którzy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, pozostaje bez wpływu na zaistnienie przesłanki dla odrzucenia odwołania określonej w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący Partner Consulting spełnia także określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp materialno-prawne wymogi wniesienia odwołania. Jego oferta z uwagi na wykluczenie go z postępowania nie podlegała ocenie. Złożył jednak ofertę z najniższą ceną, co w przypadku ponownej oceny oferty skutkowałoby możliwością uzyskania 40 punktów w kryterium cena (waga – 40%). Ze względu na brak oceny oferty w drugim kryterium – o wadze 60% - nie jest wykluczone uzyskanie takiej liczby punktów, która zapewniłaby mu uzyskanie zamówienia.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący Partner Consulting zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie go z przedmiotowego postępowania, ponieważ zdaniem Zamawiającego nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu (a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). Podnosił także, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż niezasadnie dokonał wezwania Odwołującego Partner Consulting do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia sformułowanego w rozdziale VII ust. 4 pkt 3) SIWZ (Wykonawca miał wykazać się wykonaniem jednej usługi doradczej, której elementem było wsparcie Zamawiającego w przygotowaniu i realizacji Strategii Promocji dla Projektu o wartości powyżej 40 000 000,00 PLN brutto, a wartość usługi doradczej wyniosła minimum 100 000,00 PLN brutto), podczas gdy okoliczności podnoszone przez Zamawiającego tj. wątpliwości co do tego, kto był wykonawcą usługi wskazanej w wykazie usług w pozycji 3, gdyż nie wynikało to z protokołu odbioru znajdującego się na str. 36 oferty Odwołującego Partner Consulting, jak również „czy wykonawca przygotował wymaganą Strategię promocji dla projektu, czy też na bazie już sporządzonej strategii wykonał opracowane w niej elementy” uzasadniały wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4

ustawy Pzp. W konsekwencji Odwołujący Partner Consulting podnosił także zaniechanie wezwania go do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do powyżej wskazanych wątpliwości, co świadczy o naruszeniu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 jest spóźniony. Wezwanie dokonane zostało przez Zamawiającego 15 lutego 2013 r., tym samym już wówczas Odwołujący Partner Consulting uzyskał wiedzę o okolicznościach będących podstawą wniesienia odwołania, jeżeli wezwanie uznawał za wadliwe. Należy zwrócić uwagę, iż w treści wezwania Zamawiający wyraźnie wskazał zarówno na brak w zakresie możliwości identyfikacji wykonawcy usługi podanej w wykazie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak i okoliczność, że z wskazana usługa świadczy o wykonaniu Opracowania systemu identyfikacji wizualnej profilu zaufanego PZ opracowaniu materiałów informacyjnych (media kit) itp., jednak wątpliwości zamawiającego budziło czy wykonawca przygotował strategię promocji dla projektu, czy też na bazie już sporządzonej strategii wykonał opracowane elementy. Wskazywał też, że wymagał doświadczenia w przygotowaniu strategii promocji i z uwagi na niewykazanie powyższych okoliczności przez Odwołującego Partner Consulting wzywał do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący Partner Consulting miał więc pełną świadomość, jakie braki w złożonych przez niego dokumentach dostrzegał Zamawiający, jak również z ich konsekwencji. Należy też zauważyć, iż Odwołujący Partner Consulting zastosował się do wezwania – złożył wykaz zawierający tę samą usługę, lecz uzupełnioną o określenie, że w ramach usługi doradczej została opracowana i zrealizowana autorska strategia promocji dla projektu. Dodał też oświadczenie wykonawcy, że opracowanie materiałów wymagało wcześniejszego opracowania strategii ich użycia w promocji projektu. Tym samym wykonawca znając charakterystykę wykonanej usługi posiadał pełną wiedzę o tym, czy spełnia ona wymogi wyartykułowane przez Zamawiającego, jak również z konsekwencji wezwania do uzupełnienia gdyby przedstawiona usługa nie była usługą adekwatną. Zdaniem Izby podnoszona przez Odwołującego Partner Consulting okoliczność braku spełnienia przesłanek odwoławczych w kwestionowaniu wezwania ma charakter wyłącznie spekulatywny, a wskazane przez Odwołującego Partner Consulting żądania wskazują na oczekiwanie przywrócenia mu możliwości ponownego uzupełnienia dokumentów, gdyby uznano, że przedstawiona usługa warunku nie spełniała.

W związku z powyższym, przedmiotem rozpoznania Izby jest zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny. W ocenie Izby usługa wskazana przez Odwołującego Partner Consulting usługa nie spełniała warunku udziału w postępowaniu obejmującego 1 usługę doradczą, której elementem było wsparcie zamawiającego w

przygotowaniu i realizacji strategii promocji dla projektu o wartości powyżej 40 mln zł a wartość usługi doradczej wyniosła min. 100 000 zł. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego i Przystępującego Infovide-Matrix SA, iż przedmiotowy warunek wyraźnie wskazywał na dwa elementy – wsparcie zamawiającego w przygotowaniu strategii promocji oraz wsparcie w realizacji tej strategii. Odwołujący Partner Consulting w treści uzupełnionego wykazu wskazał, że usługa obejmowała opracowanie autorskiej strategii promocji dla projektu. Równocześnie opracowanie tej strategii nie było elementem wymaganym przez zamawiającego usługę, który nie dokonał ani zlecenia takiej usługi ani jej odbioru. To wykonawca sam uznał konieczność przygotowania takiej strategii jak elementu koniecznego dla zrealizowania zleconych materiałów promocyjnych (nie otrzymał od podmiotu zamawiającego dokumentu, który jego zdaniem kwalifikowałby się jako strategia promocji). Powyższe zdaniem Izby nie świadczy jednak o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie obejmuje wymaganego elementu wsparcia zamawiającego w przygotowaniu strategii. Jak ustalono w toku postępowania przedmiotem odbioru były tylko materiały promocyjne, a żadnego typu usługi przygotowujące strategię nie były zamawiane. Oznacza to zatem że wymagany element wsparcia zamawiającego w przygotowaniu strategii promocji nie był zachowany, skoro zamawiający nie posiadał wiedzy o jej świadczeniu na jego rzecz .

Ponadto Odwołujący Partner Consulting przyznał, iż zleceniodawca przekazał dokument „Plan działań informacyjnych i promocyjnych związanych z Profilem Zaufanym ePuap”. Dokument ten określał decyzje i działania, jakie działania mają być podjęte dla zrealizowania promocji. To wykonawca usługi zdecydował, iż dokument ten nie jest wystarczający dla zrealizowania przez niego usługi opracowania materiałów promocyjnych. Powyższe nie oznacza jednak usługi wsparcia zamawiającego w przygotowaniu strategii promocji, skoro przedmiotem zlecenia było jedynie opracowanie materiałów promocyjnych.

Należy wskazać również, iż analiza treści umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą (w szczególności pkt 2.IV.g Załącznika nr 1 do umowy) wskazuje jedynie na możliwość zlecenia prac tylko i wyłącznie w zakresie „wsparcia Zamawiającego w zakresie realizacji promocji oraz tworzenia wizerunku wspieranego projektu informatycznego” - nie obejmuje zatem opracowania strategii promocji projektu ePUAP2. Stanowisko zleceniodawcy w piśmie skierowanym do Zamawiającego, iż opracowanie autorskiej strategii promocji projektu nie było zadaniem zleconym wykonawcy znajduje zatem oparcie w okolicznościach faktycznych sprawy.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....