

Sygn. akt: KIO 1868/13

Sygn. akt: KIO 1879/13

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę:

1. **ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1868/13),
2. **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1879/13)

w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy:

- 1) **Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1868/13, oraz sygn. akt: KIO 1879/13 oraz
- 2) **ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1879/13

po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołania oraz nakazuje unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej i w sprawie:

- 1.1. sygn. akt: KIO 1868/13 nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o w Warszawie na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych;
- 1.2. sygn. akt: KIO 1879/13 nakazuje ponowne badanie oraz ocenę oferty ADT Group Sp. z o.o. w Warszawie

zgodnie z wytycznymi zawartymi w uzasadnieniu do niniejszego wyroku, stanowiącego integralną jego część;

2. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1868/13, oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1879/13 obciąża zamawiającego **Narodowy Bank Polski w Warszawie** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ADT Group Sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawcę **SYGNITY S.A. w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Narodowego Banku Polskiego w Warszawie** na rzecz wykonawcy **ADT Group Sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- 2.3. zasądza od **Narodowego Banku Polskiego w Warszawie** na rzecz wykonawcy **SYGNITY S.A., w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1868/13

Sygn. akt: KIO 1879/13

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Narodowy Bank Polski na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej ustawa, Pzp), którego przedmiotem jest „Rozbudowa systemu pamięci masowej klasy midrange”. Odwołania zostały wniesione wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odtajnienia ofert w tym postępowaniu przez (1) ADT Group Sp. z o.o. z Warszawy oraz (2) SYGNITY S.A. z Warszawy.

Sygn. akt: KIO 1868/13

Wykonawca ADT Group Sp. z o.o. podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku, gdyby Zamawiający zastosował się do bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp - oferta wykonawcy Comparex Poland sp. z o.o. (dalej również „Comparex”) zostałaaby przez Zamawiającego odrzucona, natomiast oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. Podniósł również, że Zamawiający nie odtajnił części korespondencji (uzupełnienia oferty) Wykonawcy Comparex oraz nie odtajnił bezpodstawnie utajnionych części ofert innych wykonawców wskazanych w treści odwołania. Wskazując na powyższe zarzucił Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Comparex, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdyż nie zawiera wartości ani opisów wymaganych przez Zamawiającego do podania w Załączniku nr A do Formularza oferty, pkt 2 lit. b i c, oraz (2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Comparex w sytuacji, gdy wykonawca nie podał numerów katalogowych producenta wymaganych w SIWZ, oraz [ewentualnie] art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie wyjaśnień treści oferty, a w przypadku potwierdzenia niezgodności z wymaganiami SIWZ - jej odrzucenie. Zdaniem Odwołującego, wykonawca Comparex, w tym przypadku mógł zaoferować 4 różne ceny za elementy oznaczone tym samym numerem katalogowym producenta. Wykonawca wskazał również na naruszenie (3) art. 7 ust. 1 i 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z uwagi na uznanie za skuteczne zastrzeżenia w ofertach wykonawców Comparex, Sygnity Proximus, Maikom, ITExpert, Comtegra, NextiraOne dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo, że w elementach wskazanych w

uzasadnieniu - nie stanowiły one tajemnicy przedsiębiorstwa, a przez to - uniemożliwienie weryfikacji ofert w przedmiotowym postępowaniu, co w konsekwencji stanowi niemożliwą do usunięcia wadę, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca podniósł również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy. Podnosząc zarzuty, jak powyżej, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej jako bezwzględnie wadliwej, (2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia ofert Comparex sp. z o.o. oraz odtajnienia elementów, a także (3) odtajnienia ofert wykonawców wskazanych w treści odwołania w zakresie wskazanym w treści odwołania i (4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert. W uzasadnieniu odwołania podał, że jednym z elementów obligatoryjnych w ofercie - określającym istotne elementy oferty - cechy oferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia było wypełnienie „Specyfikacji Technicznej” - stanowiącego cz. 2 załącznika 2A do Formularza Oferty, określającego: (1) wymagania ogólne, (2) wymagania dla Macierzy dyskowej w Zapasowym Ośrodku Komputerowym w Radomiu, oraz (3) wymagania dla Macierzy dyskowej w Ośrodku Komputerowym w Warszawie. Formularze należało wypełnić w taki sposób, że (...) tam, gdzie Zamawiający postawił „Tak/Nie” - należało skreślić (wykreślić) niepotrzebne, natomiast tam, gdzie Zamawiający pozostawił kropki - należało to wypełnić (opisać). Wynikało to zarówno z treści SIWZ, jak również zostało jednoznacznie wskazane w trakcie postępowania, gdzie Zamawiający wprost określił, że „wykropkowane pola tabeli należało wypełnić odpowiednio do parametrów technicznych oferowanej macierzy tj. odpowiednio wskazać wartość liczbową lub wskazać sposób realizacji danej funkcjonalności”. Dalej podał, że (...) Zamawiający w dniu 22 maja 2013 r. udzielił odpowiedzi na Pytanie 3 [Pytanie dotyczące Specyfikacji ilościowo-cenowej i specyfikacji technicznej - Załącznik nr A do Formularza oferty: Proszę o wyjaśnienie, wpisania jakich informacji oczekuje od Wykonawców Zamawiający w wykropkowane pola tabel w pkt. 2b oraz 2c w kolumnie „Oferowane parametry techniczne”? Na przykład w wierszach lp. 12 „Podłączanie zewnętrznych systemów operacyjnych” oraz 15 „Zarządzanie” kolumna Charakterystyka (Wymagania minimalne) nie zawierają żadnych wartości liczbowych, które należałoby podać jako oferowane wartości parametrów technicznych. Odpowiedź: Zamawiający informuje, że w wykropkowane pola tabeli w pkt. 2b oraz 2c Załącznika nr A do Formularza oferty należy wypełnić odpowiednio do parametrów technicznych oferowanej macierzy, tj. odpowiednio wskazać wartość liczbową lub wskazać sposób realizacji wymaganej funkcjonalności”].

Zdaniem wykonawcy, Zamawiający po dokonaniu czynności badania i oceny ofert w dniu 23.07.2013 r. za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy Comparex, pomimo, że jego oferta nie odpowiada wymaganiom SIWZ a ponadto - w dniu 30.07. 2013 r. nie udostępnił treści korespondencji z tym wykonawcą Comparex oraz części ofert wykonawców Comparex, Sygnity Proximus, Maikom, ITExpert, Comtegra, NextiraOne - bezpodstawnie utajnionych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wobec oferty wykonawcy Comparex stwierdził, że jej (...) treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdyż nie zawiera wartości ani opisów wymaganych przez Zamawiającego do podania w Załączniku nr A do Formularza oferty, pkt 2 lit. b i c. Wykonawca Comparex - w Formularzu oferty - załącznik nr A pkt 2 lit. b i c — w miejscach, gdzie powinien wpisać wartość liczbową lub wskazać sposób realizacji danej funkcjonalności - wpisywał jednakowe wyrażenie „zapewnione wszystkie wymagane parametry”, co powodowało, że nie złożył w ofercie oświadczenia woli wskazującego na zaoferowanie sprzętu o konkretnych parametrach, pomimo, że Zamawiający wyraźnie wyartykułował, że oferta powinna takie elementy zawierać. Przykładowo: W pozycji „Wymagana pojemność” - w odpowiedzi na wymagania minimalne (3,6 TiB Powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski SSD 2,5 cala) - należało podać dane liczbowe, potwierdzające spełnianie tych wymagań - takie np. jak „4 TiB Powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski SSD 2,5 cala). Wykonawca Comparex - nie zastosował się do powyższego i nie zaoferował konkretnych wymaganych przez zamawiającego rozwiązań. Pomimo jednoznacznego obowiązku - ograniczył się do przepisywania jednego określenia, które to działanie – zdaniem wykonawcy - zostało jednoznacznie uznane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za podstawę do odrzucenia oferty. Wykonawca także stwierdził, że zarówno z treści SIWZ jak i z odpowiedzi na pytania wynikało jednoznacznie, że intencją Zamawiającego była realna możliwość oceny poprzez odniesienie wymaganych parametrów do konkretnego urządzenia. Tymczasem - wykonawca Comparex uniemożliwił to składając ofertę, której treść nie odpowiadała wymaganiom SIWZ. Stwierdził także, że wykonawca Comparex - wbrew postanowieniom SIWZ i treści odpowiedzi na pytanie 3 - uniemożliwił Zamawiającemu porównanie tego, co zostało zaoferowane z wymaganiami specyfikacji i tym samym ta oferta podlega odrzuceniu. Wskazując również na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdził, że wykonawca nie podał numerów katalogowych producenta wymaganych w SIWZ. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, wskazał na zaniechanie wyjaśnienia treści oferty, pomimo, że wykonawca zaoferował 4 różne ceny za elementy oznaczone tym samym numerem katalogowym producenta. W tym przypadku stwierdził, że zgodnie z treścią Załącznika A do Formularza oferty pkt 1 - Wykonawcy mieli obowiązek zaoferowania elementów podstawowych oraz elementów opcjonalnych. W ofercie mieli wpisać m.in. numery katalogowe (kolumna trzecia

od lewej). Wykonawca Comparex - w specyfikacji ilościowo cenowej (dsc 08112.JPG) w tabeli nr 1 podał ten sam numer katalogowy producenta dla podstawowych konfiguracji - „2076 „ - „IBM Storwize V7000" dla elementów oferty podstawowej [1]. Zestaw macierzy dyskowej wraz z dedykowaną szafą przemysłowa w konfiguracji zgodnej z SIWZ dla Ośrodka w Warszawie - wartość netto 300.000,00 PLN, a dla 2) Ośrodka w Radomiu - wartość netto 210.000,00 PLN]. Ponadto ten sam numer katalogowy producenta w tabeli nr 2 podał dla rozbudowy macierzy - „2076" – nazywając go tym razem „IBM Storwize V7000 UPG, [1] Zestaw rozbudowy macierzy dyskowej w zakresie powierzchni dyskowej RAW systemu pamięci masowej oraz powierzchni zarządzania zasobami dyskowymi o 50% dla Ośrodka w Warszawie - wartość netto 262.000,00 PLN, a dla Ośrodka w Radomiu - wartość netto 182.000,00 PLN. Odwołujący stwierdził, że podane numery katalogowe są nieprawidłowe. Z informacji posiadanych przez odwołującego [jest partnerem biznesowym IBM - posiada umowę partnerską oraz status IBM Business Partner] wynika, że macierze podstawowe mogą mieć oznaczenia: 2076-112 2076-124 2076-312 oraz 2076-324. Natomiast rozszerzenia macierzy o dodatkowe półki dyskowe mogą mieć oznaczenia: 2076-212 i 2076-224. Co więcej własne numery katalogowe posiadają również poszczególne dyski, moduły, elementy sprzętowe i licencje funkcyjne. Podkreślił, że każdy z numerów katalogowych - indywidualizuje dany rodzaj macierzy precyzując rodzaj oraz ilość możliwych do zainstalowania dysków twardych, rodzaj i ilość interfejsów dostępowych, oraz parametry funkcyjne w postaci ilości i rodzaju zaoferowanych licencji funkcyjnych. Zatem w treści oferty należało podać pełen zestaw rzeczywistych numerów katalogowych producenta wraz z ilością poszczególnych elementów oraz cenami jednostkowymi. Tylko tak sprecyzowana oferta w sposób jednoznaczny określa parametry i konfigurację zaoferowanych macierzy dyskowych. Zdaniem Odwołującego, podając w ofercie 4 różne ceny za ten sam rodzaj macierzy (posiadającą ten sam numer katalogowy) wykonawca Comparex - złożył ofertę nieodpowiadającą wymaganiom SIWZ, gdzie Zamawiający chciał mieć ofertę na konkretny rodzaj macierzy w konkretnej konfiguracji oraz oznaczonej numerem katalogowym producenta. Tego rodzaju ofertę - można również rozpatrywać jako ofertę wariantową, gdzie Wykonawca pozostawia sobie na etapie wykonania zamówienia swobodę, który rodzaj macierzy i rozszerzenia dostarczy. Zamawiający - widząc 4 różne ceny za elementy oznaczone tym samym numerem katalogowym - powinien zwrócić się o wyjaśnienie tej sytuacji. Wykonawca podkreślił, że wyjaśnienie treści oferty - nie powinno w niniejszym przypadku doprowadzić do negocjacji i jej uzupełnienia (tj. podania, które produkty są oferowane). Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a dotyczącego uznania za skuteczne dokonanych zastrzeżeń zawartych w ofertach wykonawców Comparex, Sygnity Proximus, Maikom, ITExpert, Comtegra, NextiraOne [w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa] odwołujący

stwierdził, że w znacznej części nie stanowiły one tajemnicy przedsiębiorstwa. Niezasadne zastrzeżenie tych informacji uniemożliwiło Odwołującemu weryfikację ofert w przedmiotowym postępowaniu, co w konsekwencji stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca podał, że Zamawiający w dniu 30.07.2013 r. nie udostępnił Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Comparex na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem - w ocenie odwołującego - w wyjaśnieniach tych były informacje, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności wskazał, że szczegółowa kalkulacja cenowa, której nie udostępnił Zamawiający, w związku z utajnieniem przez Wykonawcę Comparex, zawiera dane, które nie mają charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego, które posiadają wartość gospodarczą. Utajnienie szczegółowych cen przez Comparex - nie dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych ani technologicznych, wzorów czy metod działania - dotyczy tylko i wyłącznie uniemożliwienia weryfikacji prawidłowości oferty w tym postępowaniu przez innych wykonawców. Wskazał dalej, że informacje zawarte w utajnionym elemencie posłużyć mogą jako dowód na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ i właśnie to jest podstawą ich utajnienia. Podniósł, że Zamawiający - w dniu 30.07.2013 r. nie udostępnił Odwołującemu zastrzeżonych elementów w ofertach następujących wykonawców: Comparex, Sygnity Proximus, Maikom, oraz ITEXpert, Comtegra, NextiraOne. W ocenie Odwołującego - nie wszystkie informacje, jakie zostały zastrzeżone w ofertach ww. wykonawców - stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał w szczególności na (1) wykazy dostaw, w zakresie zamówień stanowiących zamówienia publiczne, a ponadto w zakresie przedmiotu i zakresu dostaw referencyjnych (dotyczących wszystkich zamówień) (bez dat i odbiorców), (oferty Comparex, Sygnity Proximus, Maikom, ITEXpert, Comtegra, NextiraOne), oraz na (2) wykazy osób w zakresie kompetencji personelu, (bez danych osobowych tych osób), (oferty Comparex, Sygnity Proximus, Maikom, ITEXpert, Comtegra, NextiraOne). Odwołujący podkreślił, że utajnianie całości dokumentów - w przedmiotowym przypadku ma uniemożliwić ich weryfikację i nie jest związane z ochroną jakiegokolwiek wartości dla danego przedsiębiorcy. Podkreślił, że Zamawiający ma obowiązek dokonać analizy, czy i w jakim zakresie te dokumenty mogą być odtajnione, czego nie uczynił. Wskazał także na bezzasadnie utajnione w całości dokumenty: (1) Specyfikacje Ilościowo - Cenowe (oferty Sygnity, ITEXpert, Comtegra), oraz (2) Specyfikacje techniczne (oferty Sygnity, ITEXpert, Comtegra). W ocenie Odwołującego - całkowicie niezrozumiałe i bezzasadne jest utajnienie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa - całości Specyfikacji Ilościowo - cenowych oraz Specyfikacji Technicznych. Podkreślił, że te elementy - nie zawierają informacji o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym które posiadają wartość gospodarczą, a nawet jeśli jakieś elementy tych

dokumentów zawierają takie informacje, to Zamawiający powinien zażądać szczegółowych wyjaśnień, dotyczących poszczególnych elementów a nie opierać się o ogólne stwierdzenia o tym, że dany dokument ma wartość dla danego wykonawcy. Dodał, że dokumenty zawierają elementy, które w swojej istocie - nie mogą stanowić jakiegokolwiek wartości gospodarczej - w szczególności nazwy producenta, modele oferowanych macierzy dyskowych, numery katalogowe producenta oraz ilości poszczególnych pozycji - nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności, ogólnie dostępne i znane są informacje na temat umów partnerskich zawartych pomiędzy wykonawcami oraz producentami, modeli oraz parametrów technicznych produkowanych macierzy, cen jednostkowych poszczególnych pozycji asortymentowych. Reasumując, odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada wymaganiom SIWZ, a ponadto całkowicie zaniechał rzeczywistego zbadania elementów bezpodstawnie utajnionych. W związku z powyższym - naruszona została zarówno zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zasada jawności.

Sygn. akt: KIO 1879/13

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Comparex Poland Sp. z o.o. i jej wybór, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta, jako niezgodna z treścią siwz powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona. Jego zdaniem także bezpodstawnie zaniechano odrzucenia oferty ADT Group Sp. z o.o., podczas gdy oferta ta jest również niezgodna z treścią specyfikacji i także powinna zostać odrzucona. Wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i stosowanie wobec wykonawców Comparex Poland Sp. z o.o. i ADT Group Sp. z o.o. innych zasad badania i oceny ofert niż do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu i uznanie, że złożone przez Comparex Poland Sp. z o.o. oraz ADT Group Sp. z o.o. oferty są zgodne ze specyfikacją. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert Comparex Poland Sp. z o.o. i ADT Group Sp. z o.o., odrzucenie ofert Comparex Poland Sp. z o.o. i ADT Group Sp. z o.o., jako niezgodnych z treścią SIWZ i wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. W uzasadnieniu podał, że jego oferta otrzymała trzecią z kolei punktację i tym samym Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, bowiem w przypadku jego uwzględnienia oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. W odniesieniu do oferty Comparex Poland Sp. z o.o. i ADT Group Sp. z o.o. stwierdził, że oferty te są niezgodne z treścią siwz i powinny zostać przez Zamawiającego odrzucone na podstawie

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W zakresie oferty Comparex Poland Sp. z o.o. podał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ [Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia pkt. 1a oraz Załącznik nr 1] przedmiotem zamówienia było między innymi dostarczenie dwóch macierzy dyskowych klasy midrange wraz z licencjami na oprogramowanie [Rozdział III, punkt 1a]. W ofercie wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o., w Specyfikacji ilościowo-cenowej punkt 1.1. został wyspecyfikowany „Zestaw macierzy dyskowej wraz z dedykowaną szafą przemysłową w konfiguracji zgodnej z SIWZ” z Part Number'em (numerem katalogowym producenta) 2076 oraz odpowiednio w punkcie 1.2. „Zestaw rozbudowy macierzy dyskowej w zakresie powierzchni dyskowej RAW systemu pamięci masowej oraz powierzchni zarządzania zasobami dyskowymi o 50%” z Part Number' em (numerem katalogowym producenta) 2076. Zamawiający oczekiwał, zgodnie z SIWZ - Załącznik nr A do Formularza Oferty punkt 1.1 i 1.2, podania Listy elementów sprzętowo – programowych wchodzących w skład systemu pamięci masowej dla Ośrodka komputerowego w Warszawie oraz Ośrodka komputerowego w Radomiu. Comparex Poland Sp. z o.o. wyspecyfikował jedynie Part Number (numer katalogowy producenta) dotyczący oferowanego sprzętu IBM StoreVize V7000, który nie obejmuje niezbędnego oprogramowania, bez którego nie jest spełnione wymaganie SIWZ - Załącznik nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia punkt 2, pozycja 16 - Wewnętrzne kopie danych oraz odpowiednio punkt 3 pozycja 16 - Wewnętrzne kopie danych. Do spełnienia tego wymagania, w opinii Odwołującego, niezbędne jest oprogramowanie IBM Tivoli Storage Flash Copy Manager, które jest licencjonowane per terabajt danych, zupełnie niezależnie od macierzy i posiada Part Number 5608 (nr katalogowy producenta), które nie zostało zaoferowane przez Comparex Poland Sp. z o.o. Reasumując, w ocenie Odwołującego, wykonawca Comparex Poland Sp. z o.o. złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, a zatem jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W zakresie oferty ADT Group Sp. z o.o. podał, że Zamawiający wymagał w SIWZ w Załącznik nr 1 - Opis przedmiotu zamówienia - punkt 3 pozycja 2 - wymagana pojemność, dla macierzy dostarczanej do Ośrodka Komputerowego w Warszawie pojemności 60 TiB RAW (65,97 TB) na dyskach SAS IOK RPM oraz 5TiB(5,49 TB) RAW na dyskach SSD. Wykonawca ADT Group Sp. z o.o. zaoferował 1 półkę E-X5681A-R6 (do 24-dysków) pustą 3 półki E-x5681aQS-r6(do 24-dysków) pustą, oraz 6 paczek dysków E-X4025A-12-R6 (12 szt.) 900GB SAS 2,5" co łącznie daje 64,8 TB RAW 1 paczkę dysków e-x4041a-7-r6 (7 szt.) 800GB SSD, co łącznie daje pojemność 5,6 TB RAW. Analiza oferty ADT Group Sp. z o.o. prowadzi do wniosku, że wykonawca ten nie zaoferował wymaganej przez Zamawiającego przestrzeni na dyskach SAS (jest 64,8 TB, a powinno być 65,97 TB). Analogicznie, w ocenie Odwołującego wykonawca ADT Group Sp. z o.o. nie zaoferował w ofercie wymaganej przez Zamawiającego pojemności opcjonalnej rozbudowy o 50 % pojemności przestrzeni dyskowej. W ramach odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do

wyjaśnienia i uzupełnienia oferty [z dnia 27 czerwca 2013 r.] odnośnie wewnętrznych kopii danych, wykonawca ADT Group Sp. z o.o. wskazał, że pod numerem katalogowym producenta E-X5681AQS-R6: [Enclosure, 2U - E-X5681AQS-R6 fe^DESSOO^mpty^P^OS312.300,00 15.129,00 BCat: M) znajduje się dodatkowy dysk SAS i że 3 sztuki tych dysków wskazane w Załączniku A do formularza oferty (str. 6 Oferty ADT Group Sp. z o.o.) dla tego Numeru katalogowego producenta uzupełniają brakującą pojemność i spełniają wymaganą przez Zamawiającego pojemność. Opis znajdujący się w kolumnie Nazwa katalogowa producenta, nie potwierdza jednak tego faktu. Opis ten zawierający słowo EMPTY, czyli puste, jest standardowym numerem katalogowym z konfiguratora firmy Net App producenta oferowanego przez firmę ADT sprzętu i nie uzupełnia brakującej przestrzeni dyskowej na dyskach SAS. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego także wykonawca ADT Group Sp. z o.o. złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, a zatem jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konkluzji stwierdził, że w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy ustawy Pzp niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1868/13 oraz sygn. akt: KIO 1879/13 przystąpił wykonawca Comaparex, a w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1879/13 również wykonawca ADT Group Sp. z o.o. Obaj wykonawcy wnieśli – odpowiednio – o oddalenie odwołań.

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania także wniósł o ich oddalenie, stwierdzając, że podnoszone zarzuty oraz uzasadniające je argumenty nie mają pokrycia w przepisach ustawy, orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz zgromadzonej dokumentacji postępowania. W zakresie sprawy o sygn. akt: KIO 1868/13 podał, że - jego zdaniem - zarzut braku podania wartości liczbowych poszczególnych pozycji tabel jest niezasadny, albowiem te pozycje nie musiały być wypełnione w sposób wymagany przez Odwołującego. Zamawiający oczekiwał od wykonawców zapewnienia minimalnych parametrów technicznych wskazanych w kolumnie III (Charakterystyka - wymagania minimalne). W dniu 22 maja 2013 r. w związku z pytaniem jednego z wykonawców dotyczącym informacji jakie powinny zostać wpisane w pkt 2 w tabelach b i c w kolumnach Oferowane parametry techniczne, Zamawiający wyjaśnił, iż (...) te miejsca należy wypełnić odpowiednio do parametrów technicznych oferowanej macierzy - wartością liczbową lub wskazać sposób realizacji wymaganej funkcjonalności. Wykonawca Comparex posłużył się innym sformułowaniem wskazującym na osiągnięcie minimalnych parametrów oczekiwanych przez Zamawiającego. W ofercie w załączniku A w pkt 2 w tabelach b i c wpisał: „Tak.

Zapewnione wszystkie wymagane parametry". Jakkolwiek sformułowanie, którym, posłużył się wykonawca odbiega od tego, którym posłużył się Odwołujący w swojej ofercie, to jednak jego treść jest wystarczająca do uznania przez Zamawiającego, iż oferowane macierze spełniają wymagania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Użyte przez wykonawcę Comparex słowa „Zapewnione wszystkie wymagane parametry” stanowią oświadczenie, iż wymagana pojemność określona przez Zamawiającego jest zagwarantowana przez tego wykonawcę. Zamawiający nie wymagał, aby parametry oferowanych urządzeń określone wartości ale wskazał wartości minimalne parametrów. Jeżeli w pozycji 2 w tabeli b (kolumna III) Zamawiający określił minimalne wymagania w następujący sposób: 3,6 TiB powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski SSD 2.5 cala. 40 TiB powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski 2.5 cala SAS-2 (6Gb/s) min. WkRPM oraz odpowiednio w pozycji 2 w tabeli c (kolumna III) 5 TiB powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski SSD 2.5 cala. 60 TiB powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski 2.5 cala SAS-2 (6Gb/s) min. WkRPM, a Comparex potwierdza, iż te wymagania są spełnione, to Zamawiający nie może uznać, iż oferta wykonawcy nie spełnia wymagań postawionych przez treść siwz. Fakt, iż Odwołujący w inny sposób przedstawił sposób wypełnienia pkt 2 w tabelach b i c nie oznacza automatycznie, iż oferta wykonawcy Comparex podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz”. Także zarzut do oferty wykonawcy Comparex braku podania numerów katalogowych producenta nie jest zasadny. Zgodnie bowiem z treścią Załącznika A do Formularza ofertowego wykonawcy byli zobowiązani do wpisania w kolumnie III numeru katalogowego producenta. Wykonawca Comparex podał ten sam numer katalogowy 2076 dla różnych konfiguracji urządzenia IBM Storwize V7000 i w jego ocenie żądane przez Odwołującego numeru z rozszerzeniem [np. oznaczenia 2076 - 112, 2076-124, 2076-312, 2076-324] nie jest zasadne. Zamawiający podkreślił, że (...) nie może się zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, iż podanie ogólnych numerów urządzeń oferowanych stanowi nieprawidłowość i w związku z tym oferta złożona przez Wykonawcę Comparex powinna zostać odrzucona, gdyż nie odpowiada treści siwz. W ocenie Zamawiającego nie zachodzi również potrzeba wyjaśnienia istnienia czterech produktów o takim samym numerze katalogowym producenta, ponieważ ten sam numer katalogowy służy opisaniu produktu. Analogiczna sytuacja ma miejsce w ofercie Odwołującego, gdzie tym samym numerem katalogowym oznaczono różne konfiguracje oferowanego sprzętu”. Zamawiający stwierdził również, że w ofertach Comparex, Sygnity, Proximus, Maikom, 3T.Expeit, Comtegra, NextiraOne, dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzeżenia zostały dokonane skutecznie, albowiem jego zdaniem informacje zawarte w ofertach, uzupełnieniach i wykazach posiadają wartość gospodarczą, w związku z czym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazując na art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz orzecznictwo sądowe w tym wyrok SN podkreślił, że (...) Zamawiający

przestrzegając przepisów prawa nie mógł ujawnić wskazanych powyżej informacji, a tym samym zarzut w ocenie Zamawiającego powinien zostać oddalony. W konkluzji odpowiedzi stwierdził, że (...) Odwołujący nie wykazał, iż Zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy prawa materialnego. Oparcie zarzutów wyłącznie na własnym przekonaniu, iż ocena ofert dokonana przez Zamawiającego została przeprowadzona niezgodnie z przepisami prawa nic uprawnia Odwołującego do skutecznego poszukiwania ochrony prawnej”. W zakresie sprawy o sygn. akt: KIO 1879/13 stwierdził, że podnoszone w nim zarzuty także nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Zamawiającego, oferta wykonawcy Comparex jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie wymogu zaoferowania oprogramowania do wykonywania wewnętrznych kopii danych. Zamawiający w tabeli nr 2 pozycja 16 (str. 17 siwz) oraz odpowiednio w tabeli 3 (str. 19 siwz) pozycja 16 wymagał dostarczenia: [poz. 16. Wewnętrzne kopie danych. Macierz musi umożliwiać dokonywania na żądanie tzw. migawkowej kopii danych (snapshot) w ramach macierzy za pomocą wewnętrznych kontrolerów macierzowych, Wymagane jest dostarczenie oprogramowania wraz z koniecznymi licencjami dla opisanej funkcjonalności, dla co najmniej min 10 TiB użytkowej przestrzeni dyskowej. Macierz musi umożliwiać, dokonywania na żądanie, pełnej fizycznej kopii danych (CLONE) w ramach macierzy za pomocą wewnętrznych kontrolerów macierzowych. Wymagane jest dostarczenie oprogramowania wraz z koniecznymi licencjami dla opisanej funkcjonalności, dla co najmniej min 10 TiB użytkowej przestrzeni dyskowej]. Odwołujący w treści odwołania wskazał, że funkcjonalność określoną w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia może zapewnić produkt o nazwie: IBM Tivoli Storage FlashCopy Manager o numerze katalogowym 5608 i w związku z tym zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Comparex, gdyż ten nie podał w ofercie numeru katalogowego oprogramowania. W ocenie Zamawiającego (...) zarzut jest chybiony, a twierdzenia Odwołującego oparte na niedostatecznym rozeznaniu możliwości oprogramowania dostarczanego wraz z urządzeniem. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego zaoferowanie oprogramowania, na które powołuje się Odwołujący jest zbędne, ponieważ do wykonywania wewnętrznych kopii danych może być użyta funkcjonalność FlashCopy standardowo zawarta w oprogramowaniu podstawowym urządzenia IBM V7000 Storwize Software do macierzy dyskowej IBM Storwize V7000 o numerze katalogowym 2076. Wykonawca Comparex w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa systemu pamięci masowej klasy midrange” zaproponował macierze dyskowe IBM Storwize V7000 o numerze katalogowym 2076. Oprogramowanie FlashCopy nie posiada odrębnego numeru katalogowego i jest integralnym elementem macierzy dyskowej wobec czego wykonawca Comparex nie oznaczył oddzielnym numerem katalogowym tego produktu. Zamawiający również nie wymagał wskazania w Formularzu Ofertowym odrębnej

pozycji cenowej dla oprogramowania do wykonywania wewnętrznych kopii danych”. Odnośnie zarzutu skierowanego do oferty wykonawcy ADT stwierdził, że oferta tego wykonawcy jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie wymogu Załącznik nr 1 do SIWZ punkt 3 pozycja 2 [2. Wymagana pojemność 5 TiB powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski SSD 2.5 cala. 60 TiB powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski 2.5 cala SAS-2 (6Gb/s) min iOk RPM]. Dalej podał, że wykonawca ADT (...) w kwestionowanym zakresie sporządził ofertę zgodnie z przygotowanym przez Zamawiającego formularzem ofertowym, czyli zgodnie z wymaganiami SIWZ. Potwierdzeniem tego jest fakt, że firma ADT Group Sp. z o.o. w Formularzu Oferty w punkcie 2c pozycja 2 w rubryce Oferowane parametry techniczne znalazł się zapis, że dla Ośrodka Komputerowego w Warszawie macierz dyskowa będzie posiadać pojemność 5,2 TiB powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski SSD 2.5 cala oraz 60,3 TiB powierzchni dyskowej RAM w oparciu o dyski 2.5 cala SAS-2 (6Gb/s) min 1 Ok RPM. Z tego względu niezasadny jest zarzut Odwołującego się, że firma ADT Group Sp.z o.o. nie zaoferowała wymaganej przez Zamawiającego przestrzeni na dyskach SAS”. Podał również, że kwestia ta była wyjaśniana przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W wyjaśnieniach z 27 czerwca br. ADT wskazała, iż brakujące 3 dyski SAS znajdują się pod numerem katalogowym producenta E-X568Q5-R6. W związku z powyższym Zamawiający opierając się na oświadczeniu uzyskanym od ADT oraz bazując na zapisach treści Formularza Ofertowego nie dopatrył się podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania podlegają uwzględnieniu w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, albowiem Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1868/13 skierowany do oferty wykonawcy Comparex uznanej za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zarzut skierowany do oferty wykonawcy ADT sp. z o.o. w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1879/13.

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że Odwołujący - ADT Group Sp. z o.o. oraz SYGNITY S.A. wykazali spełnienie przesłanek wymaganych art. 179 ust.1 ustawy Pzp, a mianowicie mieli interes we wniesieniu odwołań, a skutkiem wadliwej oceny oferty wykonawcy Comparex [oferta uznana za najkorzystniejszą] oraz wykonawcy ADT [oferta zajmująca drugą lokatę w wyniku jej oceny na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert] mogli ponieść szkodę, w wyniku utraty realnej szansy uzyskania zamówienia. Łączne spełnienie tych przesłanek umożliwiło tym samym wykonawcom skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp, w tym przypadku do podnoszenia

zarzutów odnośnie każdej z konkurencyjnych ofert. Izba podkreśla, że ocena posiadania legitymacji czynnej do wniesienia odwołania podlega badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą również z urzędu, w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. W konkluzji Izba stwierdza, że wobec faktu, że wykonawcy legitymowali się materialno-prawną podstawą do wniesienia odwołania, zostały one skierowane do rozpoznania na rozprawie, celem — zgodnie z zarządzeniem Prezesa KIO - ich łącznego rozpoznania przez Izbę w zakresie podnoszonych w nich zarzutów.

Rozpoznając zarzuty z odwołania, Izba przede wszystkim miała na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontrydiktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania, a tak jak w niniejszej sprawie wymagań określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia [siwz]. W niniejszej sprawie ciężar dowodzenia, w równym stopniu dotyczy Odwołującego, jak i Zamawiającego, oraz wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego, do których ofert zostały skierowane zarzuty. Przez fakt dowodzenia, jak podkreśla się w doktrynie, należy rozumieć wykazanie prawdziwości twierdzenia o fakcie wskazywanym przez stronę lub uczestnika i którymi to okolicznościami powołujący się są zdolni uzasadnić żądanie lub zarzut bądź wykazać – co jest dopuszczalne przed Izbą - ich niezasadność. Co prawda ciężar udowodnienia danego twierdzenia – zgodnie z paremią rzymską (*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*) spoczywa – w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym, jednakże na gruncie ustawy Pzp w postępowaniu odwoławczym, to każdy z jej uczestników [strona bądź przystępujący wykonawca] powinien przejawiać również inicjatywę dowodową, w celu słusznej obrony, albo w celu potwierdzenia stawianych zarzutów. Izba – powołując się także na doktrynę i orzecznictwo – dodatkowo stwierdza, że ocena oferty wykonawcy musi następować przede wszystkim w oparciu o literalne brzmienie postanowień siwz, z uwzględnieniem oczywiście tak jak w niniejszej sprawie udzielonych wyjaśnień, a każdy zwrot użyty w specyfikacji powinien być przede wszystkim rozważany w kontekście danego stanu faktycznego. Nie bez znaczenia jest także okoliczność, że dane zamówienie dedykowane jest niewątpliwie przede wszystkim do profesjonalistów – podmiotów zdolnych wykonać dane zamówienie w wymaganym zakresie, a które to podmioty nie powinny zasłaniać się brakiem, nawet niedookreślonych - ich zdaniem - pojęć

technicznych. Podkreślenia również wymaga, że wykonawca, w związku ze złożoną ofertą nie może postanowień specyfikacji interpretować rozszerzająco w dostosowaniu do oferowanego produktu, czy wymagań formalnych ważnych z punktu widzenia oceny zgodności treści oferty ze specyfikacją. Również liberalna interpretacja postanowień specyfikacji nie mieści się w zakresie uprawnień zamawiającego. W świetle ustawy Pzp usuwanie wątpliwości może następować w trybie pytań kierowanych do zamawiającego na podstawie art. 38 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy wykonawca uznaje, że dane wymaganie może być rozumiane, co najmniej na dwa sposoby, albowiem tylko taki tryb pozwala na obiektywne ustalenie woli zamawiającego, [definitywne rozstrzygnięcie], co do danego postanowienia specyfikacji. Może również być wynikiem uzasadnionej modyfikacji przez samego zamawiającego, ale dokonanej wyłącznie przed upływem do terminu składania ofert.

Sygn. akt: KIO 1868/13

Izba ustaliła, że w odwołaniu wykonawca ADT sp. z o.o. do oferty wykonawcy Comparex podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Comparex, Zdaniem Odwołującego jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż nie zawiera wartości ani opisów wymaganych przez Zamawiającego do podania w Załączniku nr A do Formularza oferty, pkt 2 lit. b i c, oraz brak jest w ofercie kompletnych numerów katalogowych producenta – tak jak wymagała to specyfikacja. Wykonawca wskazał także na ewentualne naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie wyjaśnienia treści tej oferty. Wykonawca ponadto podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, albowiem jego zdaniem Zamawiający niezasadnie uznał za skuteczne zastrzeżenia w ofertach wykonawców Comparex, Sygnity Proximus, Maikom, ITExpert, Comtegra, NextiraOne, dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem wykonawcy zastrzeżone informacje nie mogą być kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa i tym samym takie działanie uniemożliwiło weryfikację wskazanych ofert, co w konsekwencji stanowi niemożliwą do usunięcia wadę, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca wskazał także na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy.

Rozpoznając dwa pierwsze zarzuty Izba stwierdziła że zarzuty te są zasadne. W tym przypadku Izba zwraca uwagę na wymagania opisane w specyfikacji w tym załączniku 1 oraz w Załączniku nr A do formularza oferty pkt 2 lit. b i c, potwierdzone w odpowiedzi nr 3 z

dnia 22 maja 2013 r. Zgodnie z wymaganiami wykonawca był zobowiązany (...) w wykropkowane pola tabeli w pkt 2b oraz 2c Załącznika nr A do Formularza oferty (...) wpisać parametry techniczne oferowanej macierzy (...) tj. odpowiednio wskazać wartość liczbową lub wskazać sposób realizacji funkcjonalności". Wykonawca Comparex - nie zastosował się do powyższego wymagania, nie zaoferował konkretnych wymaganych przez Zamawiającego rozwiązań, albowiem użyte w tabeli wyrażenie „zapewnione wszystkie wymagane parametry" - mając chociażby na względzie doświadczenie życiowe – z pewnością nie można uznać za równoznaczne z wymaganym alternatywnie „sposobem realizacji funkcjonalności". W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że zarówno z treści siwz, jak i z odpowiedzi na pytania wynikało jednoznacznie, że intencją Zamawiającego przy opisie tego wymagania była zapewnienie realnej możliwości oceny oferty wykonawcy poprzez odniesienie wymaganych parametrów do konkretnego urządzenia. Brak tych danych uniemożliwił realnie Zamawiającemu porównanie tego, co zostało zaoferowane z minimalnymi wymaganiami specyfikacji i tym samym w tym zakresie oferta wykonawcy Comparex, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 ustawy Pzp. Powyższe ustalenie dotyczy zarówno tabeli w pkt 2b jak i 2c Załącznika nr A do Formularza oferty, albowiem tak jak wynika z treści odwołania wskazano na wszystkie pola z tych tabel, a skonkretyzowanie było przykładowe, co nie może być kwalifikowane, że argumentacja dotyczyła tylko niektórych pól i to w ograniczeniu do tabeli w pkt 2b. Odnośnie kolejnego zarzutu, dotyczącego braku podania numerów katalogowych dla elementów sprzętowo-programowych wchodzących w skład systemu pamięci masowej dla odpowiednio Ośrodka Komputerowego w Warszawie oraz w Radomiu, Izba ustaliła, że numery katalogowe nie zostały podane prawidłowo, ograniczone bowiem zostały tylko do rdzenia podstawowego. Ta okoliczność przyznana została przez IBM w piśmie z dnia 12 sierpnia 2013 r., w którym podano że (...) Macierze te będą oznaczone podstawowym rdzeniem numeru katalogowego 2076. Natomiast rozszerzenia zostaną nadane w toku produkcji". To zdaniem IBM wynika (...) z charakteru zamówienia, a także, że rozszerzenie numeru katalogowego nie jest zbiorem zamkniętym i liczba tych rozszerzeń przyrasta w czasie wraz z rozwojem konfiguracji produktu". Izba stwierdza, że co prawda w tym postępowaniu przedmiotem dostawy ma być sprzęt fabrycznie nowy, jednakże Zamawiający nie wymagał, aby dlatego celu ten produkt był specjalnie wyprodukowany na jego rzecz. Izba podzieliła także pogląd wykonawcy, że macierze – zgodnie z warunkami tego postępowania - mogły być oznaczone różnymi numerami katalogowymi takimi jak np. 2076-112 czy 2076-124 lub 2076-312 albo 2076-324. Natomiast rozszerzenia macierzy o dodatkowe półki dyskowe mogły mieć oznaczenia numerem katalogowym np.: 2076-212 lub 2076-224. Co więcej własne numery katalogowe posiadają również poszczególne dyski, moduły, elementy sprzętowe i licencje funkcyjne. Izba podzieliła także pogląd, że każdy z numerów

katalogowych - indywidualizuje dany rodzaj macierzy, precyzując rodzaj oraz ilość możliwych do zainstalowania dysków twardych, rodzaj i ilość interfejsów dostępowych, oraz parametry funkcyjne w postaci ilości i rodzaju zaoferowanych licencji funkcyjnych. Zatem w treści oferty należało podać pełen zestaw rzeczywistych numerów katalogowych producenta wraz z ilością poszczególnych elementów oraz cenami jednostkowymi. Konsekwencją tak przedstawionych numerów katalogowych [zarówno w pkt 1.1. jak i w pkt 1.2 tabeli nr 1 i tabeli nr 2] był brak konkretyzacji rodzaju macierzy w konkretnej konfiguracji oraz oznaczonej numerem katalogowym producenta. Izba dalej zwraca uwagę, że oferta de facto dotyczy nieistniejących urządzeń, co przyznał w piśmie z dnia 14 sierpnia br sam producent, a co – bez względu na zasadność alternatywnego rozwiązania - nie zostało dopuszczone specyfikacją. Można również przyjąć, zdaniem Izby, że oferta wykonawcy Comparex jest ofertą wariantową, albowiem wykonawca ten pozostawił do swojej decyzji - na etapie wykonania zamówienia - wybór co rodzaju macierzy i rozszerzenia, które byłyby przedmiotem dostawy, a w ofercie wskazał zróżnicowane ceny na poszczególne produkty, Oczywiście takie okoliczności mogłyby być przedmiotem wyjaśnienia w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp, jednakże konkretyzowanie produktów będących przedmiotem oferowanej dostawy prowadziłyby do nieuprawnionego naprawienia wadliwości tej oferty, co na gruncie przepisów ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Izba zwraca również uwagę, że w każdej z tabel [pk1.1. tabela nr 1 oraz pkt 1.2 tabela nr 2] należało podać listę elementów programowo-sprzętowych z gwarancją 36 miesięczną oraz z usługami określonymi w załączniku nr 1 do siwz, co zdaniem Izby nie zostało przez wykonawcę Comparex spełnione. Jednakże rozpoznając odwołanie Izba jest związana zarzutami w nim podniesionymi i zgodnie z dyrektywą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Dlatego też, dostrzegając wadliwości Załącznika nr A do formularza oferty [zawartość listy wymaganej oraz wyjaśnienia wykonawcy z dnia 1 lipca br] Izba pozostawiła tę okoliczność bez merytorycznego rozstrzygnięcia.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a dotyczącego niezasadnie dokonanych zastrzeżeń, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofertach wykonawców Comparex, Sygnity Proximus, Maikom, ITExpert, Comtegra, oraz Nextira One, Izba w pierwszej kolejności miała na uwadze odpowiednio przepis art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazany art. 189 ust.2 ustawy Pzp zdanie pierwsze stanowi, że Izba zobowiązana jest z urzędu odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi m.in., że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego ustawą [ust. 2 pkt 3]. Okoliczności, o których mowa w tym przepisie stanowią negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania, co do jego meritum i tym samym jej zaistnienie skutkuje odrzuceniem odwołania. Powyższa regulacja ma także odpowiednie zastosowanie do

zarzutu podniesionego po terminie, jednakże w takim przypadku - co podkreślane jest w orzecznictwie i doktrynie – zarzut jest pozostawiany przez KIO bez jego merytorycznego rozpoznania. Powyższe ma odpowiednie zastosowanie, w niniejszej sprawie, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 3 tej ustawy, gdyż zarzut ten podniesiony został – według ustaleń Izby - po upływie terminu określonego przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp - wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu, [takich, jak niezasadna odmowa udostępnienia [odtajnienia], czy też niezasadne zastrzeżenie informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego] odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach, stanowiących podstawę jego wniesienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO oraz doktrynie, ustawa Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestionowanej czynności - braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji, niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa – nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji i podjęcia czynności wyjaśniających. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym, każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji w ofercie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz stanowisko zamawiającego w przedmiocie odmowy ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty, bądź - alternatywnie [o ile jest to uzasadnione okolicznościami faktycznymi] w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty [ofert] w pełnym zakresie – również w tym zastrzeżonym. W niniejszym stanie faktycznym, wykonawcy mogli powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, chociażby w dniu 7 czerwca czy w dniu 19 czerwca 2013 r., albowiem w tym dniu następowało, na żądanie wykonawcy, udostępnienie części jawnej ofert. Tym samym zarzuty skierowane do zastrzeżonych dokumentów zamieszczonych już w ofercie złożonej 29 maja br zostały pozostawione przez Izbę bez rozpatrzenia w związku z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp i tym samym żądanie „odtajnienia” i udostępnienia zawartych w nich informacji z ofert wskazanych wykonawców nie mogło podlegać uwzględnieniu. Podobnie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, dotyczący niezasadnego zastrzeżenia wyjaśnień z pisma z dnia 1 lipca br w związku z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Z treści pisma z dnia 1 lipca br jednoznacznie wynika, że integralną częścią tego pisma był załącznik zastrzeżony [jako tajemnica przedsiębiorstwa] i tym samym od tej daty wykonawca – przy dołożeniu należytej staranności

– był uprawniony do żądania tego dokumentu i kwestionowania w drodze odwołania odmowy jego udostępnienia. Izba na marginesie zwraca uwagę, że informacja przekazywana fax - em, [bez uprawdopodobnienia nawet, że podjęty przesył został poprzedzony zapewnieniem procedur ścisłej kontroli dostępu do zawartych w piśmie informacji], nie może chociażby z tego powodu korzystać z zastrzeżenia przewidzianego dla tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec powyższych ustaleń Izba za zasadne uznała zarzuty naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem treść oferty wykonawcy Comparex we wskazanym zakresie niewątpliwie nie odpowiada treści specyfikacji i ta oferta powinna podlegać odrzuceniu. Tym samym podlegają również uwzględnieniu zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 ust.1 oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie zarzuty nie podlegają uwzględnieniu – zarzut art. 7 ust. 1 i 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp został pozostawiony przez Izbę bez rozpoznania.

Sygn. akt: KIO 1879/13

Izba ustaliła, że w odwołaniu wykonawca Sygnity podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Comparex Poland Sp. z o.o. i jej wybór, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta, jako niezgodna z treścią siwz powinna zostać przez odrzucona. Zdaniem wnoszącego odwołanie także bezpodstawnie zaniechano odrzucenia oferty ADT Group Sp. z o.o., albowiem również ta oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji i także powinna zostać odrzucona. Odwołujący wskazał również na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i stosowanie wobec wykonawców Comparex Poland Sp. z o.o. i ADT Group Sp. z o.o. innych zasad badania i oceny ofert, aniżeli do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, a w konsekwencji uznanie, że oferty złożone przez wykonawcę Comparex Poland Sp. z o.o. i ADT Group Sp. z o.o. oferty są zgodne ze specyfikacją.

Rozpoznając wskazane zarzuty Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący oferty Comparex Poland Sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie. W tym przypadku zarzut niezgodności treści tej oferty ze specyfikacją Odwołujący oparł na postanowieniach specyfikacji [Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia pkt. 1a oraz Załącznik nr 1] oraz na treści oferty tego wykonawcy [Specyfikacja ilościowo-cenowa punkt 1.1. oraz 1.2 Załącznik nr A do formularza oferty] podnosząc, że wykonawca ten specyfikując przedmiot zamówienia z numerem katalogowym 2076, dotyczący oferowanego sprzętu IBM Storwize V7000, nie wymienił niezbędnego oprogramowania, bez którego nie jest spełnione wymaganie SIWZ - Załącznik nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia punkt 2, oraz punkt 3 odpowiednio

pozycja 16 - Wewnętrzne kopie danych. Do spełnienia tego wymagania, w opinii Odwołującego, niezbędne jest oprogramowanie IBM Tivoli Storage Flash Copy Manager, które jest licencjonowane per terabajt danych, zupełnie niezależnie od macierzy i posiada Part Number 5608 (nr katalogowy producenta), które nie zostało zaoferowane przez Comparex Poland Sp. z o.o. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, oparty na Opisie produktu [według broszury IBM Systems and Technology], że systemy Storwise są wyposażone we wszechstronną funkcję IBM FlashCopy, która umożliwia (...) niemal natychmiastowe tworzenie kopii aktywnych danych, które mogą być wykorzystywane jako kopie zapasowe lub do przetwarzania równoległego”. Z kolei wskazywane oprogramowanie IBM Tivoli Storage Flash Copy Manager posiada dodatkowe funkcje i jak wskazuje się w Opisie (...) Spełnia najwyższe wymagania dotyczące czasu odtwarzania bazy danych” oraz (...) Pomaga w zapewnieniu najwyższego poziomu ochrony aplikacjom o znaczeniu krytycznym (...). Takie funkcje i takie wymagania nie były przedmiotem tej specyfikacji, w tym technicznej. Stąd zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp skierowany do oferty wykonawcy Comparex, w zakresie rozpoznanym przez Izbę, jest niezasadny. Tym samym także zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp skierowany do tej oferty nie podlega uwzględnieniu.

Odnośnie oferty ADT Group Sp. z o.o., wnoszący odwołanie wykonawca, podnosząc również zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazał na wymaganie określone w załączniku nr 1 - Opis przedmiotu zamówienia - punkt 3 pozycja 2 – odnośnie pojemności, dla macierzy dostarczanej do Ośrodka Komputerowego w Warszawie pojemności 60 TiB RAW (65,97 TB) na dyskach SAS IOK RPM oraz 5TiB(5,49 TB) RAW na dyskach SSD. Zdaniem Odwołującego wykonawca ADT Group Sp. z o.o. zaoferował 1 półkę E-X5681A-R6 (do 24-dysków) i 3 półki E-x5681aQS-r6 (do 24-dysków), które są puste oraz 6 paczek dysków E-X4025A-12-R6 (12 szt.) 900GB SAS 2,5, co łącznie daje 64,8 TB RAW i 1 paczkę dysków e-x4041a-7-r6 (7 szt.) 800GB SSD, co łącznie daje pojemność 5,6 TB RAW. Jego zdaniem wykonawca ADT Group Sp. z o.o. nie zaoferował wymaganej przez Zamawiającego przestrzeni na dyskach SAS, albowiem wymagana jest przestrzeń 65,97 TB, a w ofercie podano - 64,8 TB. Analogicznie, w ocenie Odwołującego wykonawca ADT Group Sp. z o.o. nie zaoferował w ofercie wymaganej przez Zamawiającego pojemności opcjonalnej rozbudowy o 50 % pojemności przestrzeni dyskowej. Dalej Izba stwierdziła, że w ramach odpowiedzi [z dnia 1 lipca 2013 r.] na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty [z dnia 27 czerwca 2013 r.] odnośnie wewnętrznych kopii danych, wykonawca ADT Group Sp. z o.o. wskazał na błędy i omyłki, podlegające – jego zdaniem – poprawieniu w trybie art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp [str 6 oferty poz. 11 tabeli]. Dalej stwierdził, w szczególności odnośnie zamówienia podstawowego, że do każdej półki puste

dyski są dostarczane przez producenta domyślnie i jego zdaniem macierz oferowana dla Ośrodka w Radomiu wyposażona jest w 50 dysków, a macierz dla Ośrodka w Warszawie - w 75 dysków. Wskazał również na str 7 i 8 oferty poz. 5 tabeli i podnosząc analogiczną argumentację odnośnie domyślnych dostaw do półek empty potwierdził także spełnienie wymagania. Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny, Izba w tym przypadku podzieliła pogląd wnoszącego odwołanie, że opis znajdujący się w kolumnie „Nazwa katalogowa producenta”, nie potwierdza tego faktu. Opis ten zawierający słowo empty [puste], jest standardowym numerem katalogowym z konfiguratora firmy Net App producenta oferowanego przez firmę ADT sprzętu i nie uzupełnia, w sposób oczywisty, brakującej przestrzeni dyskowej na dyskach SAS. Także zgodności danych zawartych w ofercie wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. nie potwierdza pismo z dnia 12 sierpnia 2013 r. sygnowane pieczęcią firmową NetApp Poland sp. z o.o. (...). Przede wszystkim pismo to ma charakter intencjonalny w związku z zarzutem podnoszonym w odwołaniu. Powyższe wynika z jego daty [z dnia 12 sierpnia 2013 r.] i zdaniem Izby wytworzone zostało na użytek postępowania odwoławczego, a nie zostało np. załączone do wyjaśnień wykonawcy z dnia 27.06.13 r. Ponadto jego treść zawiera tylko deklaracje nieoparte żadnym dowodem. Również podpis zamieszczony na tym piśmie – nieczytelny - nie identyfikuje autora a sama pieczęć Net App (...) nie jest wystarczająca dla uznania tego dokumentu, jako dowodu. Tym samym te dowody, na które powoływał się wykonawca przystępujący nie potwierdzają spełnienia wymaganego warunku. Izba zwraca również uwagę, że ze stanowiska Zamawiającego wyrażonego chociażby w odpowiedzi na odwołanie wynika, że wyjaśnienia spółki z dnia 1 lipca br nie były przedmiotem pogłębionej analizy. Izba, także w niniejszej sprawie, mając na uwadze związanie granicami odwołania, [zgodnie dyrektywą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp], tylko na marginesie stwierdza, że nawet pobieżny ogląd załącznika nr A do formularza oferty nie pozwala zgodzić się m.in. z twierdzeniami, że błędne oznaczenia w tabeli 1i w tabeli 2 oraz dalsze niezgodności omówione przez wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 1 lipca br, zasługują na ich kwalifikację, jako oczywistych omyłek w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, na podstawie, którego to przepisu w wyjaśnieniach wykonawca ADT Group Sp. z o.o. wnioskuje ich poprawienie. Stąd zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp skierowany do oferty wykonawcy ADT, w zakresie rozpoznanym przez Izbę, jest zasadny. Tym samym także zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp skierowany do tej oferty podlega uwzględnieniu. W tym przypadku zgromadzony materiał dowodowy nie pozwolił Izbie na rozstrzygnięcie jednoznaczne ewentualnych podstaw odrzucenia, dlatego też Izba nakazała ponowne badanie i ocenę tej oferty z zastosowaniem dopuszczonych ustawą Pzp procedur.

W konkluzji Izba stwierdza, że ustalenia w zakresie zarzutów z odwołania sygn. akt: KIO1868/13 i uwzględnienie tego odwołania powodowały konieczność nakazania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Comparex i odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a w zakresie odwołania sygn. akt: KIO1879/13 i uwzględnienia zarzutu do oferty ADT powodowało konieczność – w okolicznościach tej sprawy - nakazania dokonania ponownego badania i oceny tej oferty. W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

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

.....