

WYROK
z dnia 20 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Monika Kawa-Ogorzałek
Członkowie:	Emilia Garbala
	Magdalena Grabarczyk
Protokolant:	Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IND M.A. oraz Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IND M.A. oraz Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00** gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Leasing operacyjny macierzy hybrydowych klasy enterprise na potrzeby systemów aplikacyjnych ARiMR*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 października 2017r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2017/S 190-388738.

W dniu 5 lutego 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia IND M.A. oraz Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że odpowiada ona treści SIWZ,

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.; dalej: „u.z.n.k.”), przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść tej oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji,

3. art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący” lub „Galaxy”) pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania kryteriów pozacenowych,

5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GALAXY, pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

6. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty Atende S.A. jako niezgodnej z treścią SIWZ bez zastosowania wszystkich okoliczności faktycznych leżących u podstaw odrzucenia oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Galaxy pomimo, iż obydwaj wykonawcy nie wskazali pełnego zakresu zamówienia, jaki powierzą podwykonawcy,

7. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Atende S.A. oraz wykonawcy Galaxy pomimo, iż zaoferowane ceny są rażąco niskie,

8. art. 8 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania i uznanie skuteczności i zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a w

konsekwencji także zaniechanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa względem:

a) wykazu dostaw i referencji złożonych przez Galaxy przy piśmie z dnia 17 stycznia 2018 r.,

b) wyjaśnień oraz dowodów złożonych przez Galaxy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2017 r. skierowane do tego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,

c) uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem informacji zawartych w dokumentach, o których mowa w lit. a i b,

d) wyjaśnień oraz dowodów założeń przez Atende S.A. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2017 r. skierowane do tego wykonawcy w trybie art. 90 ust.1 Pzp,

e) uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem informacji zawartych w dokumentach, o których mowa w lit. d,

9. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

10. innych powołanych w treści odwołania.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2) unieważnienia wyboru oferty Galaxy jako najkorzystniejszej,
3) przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

4) wykluczenia wykonawcy Galaxy na mocy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy,
5) odrzucenia ofert złożonych przez Galaxy oraz Atende S.A. na podstawie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w uzasadnieniu,

6) udostępnienia informacji zawartych w dokumentach złożonych przez Galaxy, tj. z wykazu dostaw oraz referencji; z wyjaśnień oraz dowodów dotyczących kalkulacji ceny oferty oraz uzasadnienia objęcia powyższych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa,

7) udostępnienia informacji zawartych w dokumentach złożonych przez Atende S.A., tj., z wyjaśnień oraz dowodów dotyczących kalkulacji ceny oferty oraz uzasadnienia objęcia powyższych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutu nr 1, Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucając jego ofertę jako nieodpowiadającą treści SIWZ, to jest na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazał jako podstawę faktyczną tej czynności okoliczność, że podana w Tabeli nr 3 Formularza ofertowego kwota opłaty wstępnej stanowi 45 % wartości ceny oferty, a nie

wartości Sprzętu IT. Odwołujący wskazał, że zdaniem Zamawiającego opłata wstępna nigdy nie może stanowić 45 % wartości całej oferty. Takie stanowisko Zamawiającego, w jego opinii, jest błędne, gdyż żadne z postanowień SIWZ nie nakłada na wykonawcę obowiązku zadeklarowania wartości urządzeń udostępnianych do korzystania w drodze leasingu operacyjnego. Wskazał, że w Formularzu ofertowym przewidziano jedynie oświadczenie wykonawcy o wysokości opłaty wstępnej (tabela nr 3), o cenie jednej raty leasingowej i łącznej kwocie wszystkich 46 rat (tabela nr 4), a także o łącznej cenie oferty (tabela 5). Także w treści części opisowej SIWZ, ani w stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ wzorze umowy nie zawarto postanowień o zasadach ustalania wartości sprzętu IT. Dokumenty te nie wskazują zwłaszcza, aby niedopuszczalne było przyjęcie tożsamyh kwot wartości sprzętu i ceny ofert.

W takim stanie rzeczy, skoro brak jest wymogu wskazania w ofercie danych dla ustalenia przewidzianej w ofercie Odwołującego procentowej opłaty wstępnej, to w konsekwencji Zamawiający nie ma też wiarygodnych podstaw do tego, aby kwestionować tę opłatę zawartą w ofercie Odwołującego, złożonej w niniejszym postępowaniu, skoro jej wysokość nie przekracza 45 % ceny oferty.

Odwołujący podkreślił, że odrzucenie oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy dochodzi do merytorycznej niezgodności pomiędzy wymaganiami zawartymi w treści SIWZ, a treścią oferty. Natomiast względem oferty Odwołującego nie zachodzi przypadek merytorycznej niezgodności. Oferta Odwołującego odpowiada wszystkim wymaganiom Zamawiającego, w tym co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający w treści SIWZ nie narzucił sposobu obliczenia wartości Sprzętu IT ani też nie wymagał podania w ofercie odrębnej pozycji, dla wyceny wartości Sprzętu IT. W dodatku, Zamawiający nie wymagał, jako odrębnie wycenionej pozycji, skalkulowania wartości Sprzętu IT w rozumieniu prezentowanym obecnie w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Ponadto, Zamawiający nie ograniczył w sposób jednoznaczny rozumienia pojęcia „Sprzęt IT”, co wynika, m.in. z samej treści uzasadnienia odrzucenia oferty, gdzie Zamawiający wskazuje „z ostrożności przyjmując najbardziej obszerniejszą definicję Sprzętu IT”.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający pominął wskazane w treści SIWZ zasady dotyczące obliczenia cen jednostkowych oraz ceny ofertowej, według których w Tabeli 3 (tak, jak i w pozostałych Tabelach) konieczne było uwzględnienie kosztów związanych z przedmiotem zamówienia. W świetle powyższych zasad, Odwołujący był uprawniony do skalkulowania oferty w sposób zakwestionowany przez Zamawiającego. Należy podkreślić, że Zamawiający wymagał, żeby opłata wstępna była uwzględniona w cenie, a nie - jak próbuje to obecnie przedstawiać, by była ona zrównana z wartością 45%

Sprzętu IT, gdzie - jak wskazano wcześniej - Zamawiający nie wyznaczył zakresu ramowego kosztów, jakie mogą zostać do tego pojęcia przypisane.

Dodatkowo, jeżeli spór koncentruje się na płaszczyźnie sposobu rozumienia pojęcia „Sprzęt IT” to - zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wszelkie niedokładności i intencje nie wyrażone wprost w treści SIWZ nie mogą szkodzić wykonawcy. Warto podkreślić, że nie tylko Odwołujący w ten sposób rozumiał treść SIWZ, co także przemawia za tym, że sposób sformułowania przez Zamawiającego treści SIWZ dawał, co najmniej, podstawę do dwóch odmiennych interpretacji - a skoro tak, to Zamawiający nie powinien karać wykonawców, za przyjęcie jednej z nich, skoro w świetle treści SIWZ interpretacja ta była, jak najbardziej uprawniona.

Według Odwołującego, Zamawiający starając się zawęzić sposób rozumienia pojęcia „Sprzętu IT” pomija przy tym, że opłata wstępna będzie należna wykonawcy po wykonaniu szeregu czynności, co także uzasadnia szersze rozumienie tego pojęcia, w tym uzasadnia prawo wykonawcy do skalkulowania wartości opłaty wstępnej w sposób przyjęty przez Odwołującego. Co przy tym ważne, kalkulacja oferta składa się w istocie na jedną cenę. Opłata wstępna i wysokość rat leasingowych nie stanowią odrębnych cen, lecz stanowią elementy składowe jednej ceny, którą Zamawiający będzie musiał zapłacić. Należy wskazać, że Zamawiający wprowadzając przykładowo kary umowne zawsze odnosił ich poziom do łącznej ceny z § 6 ust. 1 umowy, a nie cen jednostkowych, co tylko potwierdza, że Zamawiający przywiązywał wagę do ceny globalnej. Potwierdza to też prawo wykonawcy do kalkulowania oferty w sposób uwzględniający w każdej pozycji proporcjonalne koszty finansowania i marży.

Końcowo, należy podkreślić, że tylko przyjęty przez Odwołującego sposób wyceny pozwala na zachowanie wymogu porównywalności ofert.

Z ostrożności, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sposób kompleksowy i zrozumiały.

W treści wezwania Zamawiający ograniczył się do przytoczenia fragmentu treści formularza ofertowego i stwierdzenia, że „Wobec powyższego wymagania Zamawiający wzywa do wskazania wartości Sprzętu IT oraz wyjaśnienia (podania) sposobu wyliczenia tej wartości”.

W odpowiedzi z dnia 20 grudnia 2017 r. Odwołujący wskazał m.in., że „W żadnym miejscu SIWZ nie wymagano rozbicia cen podanych w tabelach 3 lub 4 na cenę sprzętu IT oraz innych świadczeń i rozumiemy, że Państwa pytanie nie zmierza do uzyskania takich informacji”. Powyższa jego odpowiedź świadczy, że wezwanie Zamawiającego było niezrozumiałe i ogólnikowe. Zamawiający powinien więc w sposób jasny skonstruować treść wezwania, a nie odrzucać ofertę Odwołującego bez umożliwienia złożenia wyjaśnień. Wbrew

przyjętym przez Zamawiającego twierdzeniom treści wyjaśnień nie wynika także, że Odwołujący przypisywał do opłaty wstępnej takie koszty, jak koszt wadium czy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Ponadto, z ostrożności Odwołujący podniósł, że Zamawiający wywiódł wniosek o niezgodności treści oferty w zakresie wysokości opłaty wstępnej nie z samej oferty lecz z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w toku badania i oceny ofert. Zamawiający winien w ocenie Odwołującego je pominąć i przyjąć, że podana kwota opłaty wstępnej stanowi 45% wartości sprzętu IT. Zamiarem Odwołującego bowiem było złożenie oferty zgodnej z SIWZ, czego nie mogą zmienić wyjaśnienia.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie sprecyzował na czym miałyby polegać rzekomy czyn nieuczciwej konkurencji oraz, poza art. 3 ust. 1 ww. ustawy, nie wskazał wzorca z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, przytoczone przez Zamawiającego w dodatku w sposób ogólnikowy ustawy o rachunkowości i ustawy o finansach publicznych nie określają czynów nieuczciwej konkurencji, które miałyby wypełnić Odwołujący swoim działaniem. Zamawiający nie wskazał też żadnego konkretnego przepisu ustawy, z jakim miałyby pozostawać w sprzeczności oferta Odwołującego, a jedynie ogólnikowo wskazał na ustawę o rachunkowości - już z tej przyczyny teza o nielegalności oferty upada. Zamawiający nie wykazał także, że działanie Odwołującego zagraża jego interesom.

Uzasadniając zarzut nr 3 Odwołujący stwierdził, że bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pociągnęło za sobą naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty Galaxy, to jest oferty ocenionej na 60 pkt i nie będącej najkorzystniejszą, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Wyjaśnił, że ze względu na zaoferowaną cenę netto w kwocie 19.780.000 zł, oraz spełnianie wymagań dodatkowych określonych w tabeli 2 formularza ofertowego („parametry techniczne „1”, „2” i „3”) jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana jego oferta, gdyż w efekcie oceny wszystkich kryteriów, powinna ona uzyskać łącznie 78 pkt.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że w pkt 10 tabeli Zamawiający wymagał: *„Oferowana macierz musi posiadać możliwość operowania na klasach wydajnościowych (QoS) dla poszczególnych wolumenów/aplikacji określających maksymalny czas odpowiedzi (Response Time). Przydział pojemności do serwerów/aplikacji odbywa się w prosty sposób poprzez wskazanie klasy wydajności jednoznacznie identyfikującej wymagany poziom SLA rozumiany jako oczekiwany Response Time dla danego wolumenu i wymaganej pojemności, bez konieczności konfiguracji grup RAID czy tworzenia polityk wydajnościowych oraz przypisania do poszczególnych warstw technologii dyskowych (SSD, FC/SAS)”*.

Zaoferowana przez wykonawcę Galaxy macierz HPE 3PAR StoreServ 20800 R2 nie realizuje tak opisaną funkcjonalności, a ponadto przytoczona w ofercie dokumentacja

(zawarta pod adresem: <https://www.hpe.com/h20195/v2/getpdf.aspx/4aa3-3516enw.pdf>) nie daje możliwości potwierdzenia realizacji tej funkcjonalności.

Macierz HPE 3PAR StoreServ 20800 R2 zapewnia możliwość przypisywania klas wydajnościowych (QoS) jedynie dla grup wirtualnych wolumenów (Virtual Volume set (VVset)), czyli by przyporządkować klasę wydajności do danego wolumenu najpierw należy zebrać wybrane wolumeny w grupę (VVset) i wtedy ustawić dopiero dla nich klasę wydajnościową. W związku z tym proces ten nie odbywa się jak oczekiwał Zamawiający w wymaganiach: „*odbywa się w prosty sposób poprzez wskazanie klasy wydajności*”.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w pkt. 42 Zamawiający wymagał:

„*Oprogramowanie zarządzające GUI musi umożliwiać:*

a. *Graficzną prezentację wszystkich komponentów sprzętowych macierzy (minimum porty front-end, porty back-end, dyski, cache) na jednym panelu i wizualizację ich obciążenia pod kątem wydajności.*

b. *co najmniej graficzną prezentację danych aktualnych i historycznych o wydajności macierzy (w MB/s, IO/s lub innych równoważnych jednostkach wydajności) dla komponentów takich jak porty front- end, porty back-end, dyski, cache.*

c. *Wymagana jest prezentacja czasu odpowiedzi (Response Time) dla zasobów dyskowych dla operacji zapisu i odczytu, oraz procentowy udział operacji IO dla poszczególnych typów (odczyt, zapis, losowo, sekwencyjnie, operacja z udziałem pamięci cache itp.).*

d. *Wymagana jest możliwość definiowania własnych pulpitów z wybranymi parametrami wydajnościowymi dla wybranych komponentów, tworzenia wykresów różnych typów (kolumnowy, liniowy, kołowy)",*

W przytoczonej w ofercie (str. 12 pkt. 42) tabeli Przystępujący wskazał na potwierdzenie ww. wymogów na dokumentację HPE 3PAR StoreServ Management Console 3.2 Administrator Guide, która w ocenie Odwołującego nie potwierdza spełniania ww. wymagań dla oprogramowania zarządzającego GUI.

Zarówno w zakresie zarzutu niezgodności z pkt 10 jak i 42 istotne jest, że odniesienie do dokumentacji technicznej, z której nie wynika potwierdzenie określonego parametru należy zakwalifikować jako niezgodność oferty z treścią SIWZ, tj. z wymogiem zawartym przez Zamawiającego we wzorze formularza oferty - załączniku nr 1 do SIWZ, w którym Zamawiający w nagłówku kolumny 3 tabeli 1 żądał:

„*Parametr oferowany - wypełnia Wykonawca (oprócz wskazania oferowanych parametrów, wymaga się także podania nr strony oraz nazwy oficjalnego, aktualnego oraz ogólnodostępnego dokumentu producenta w postaci instrukcji użytkownika lub dokumentacji technicznej, który potwierdza spełnienie parametru. Wymaga się również wskazania PN - part numer/numer części - dla każdej pozycji)*". Wobec powyższych okoliczności oferta

złożona przez wykonawcę Galaxy jest niezgodna z Roz. I tabela 1 pkt 10 i 42 SIWZ oraz z załącznikiem nr 1 do SIWZ i wymaganiami w nim zawartymi, dotyczącymi sposobu potwierdzenia określonych parametrów.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Galaxy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w związku z oświadczeniem na temat spełniania parametrów podlegających dodatkowej punktacji, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w Roz. XI SIWZ ustanowił kryteria oceny ofert w postaci ceny - waga 60% oraz parametry techniczne - waga 40%. Kryterium parametry techniczne obejmowało trzy podkryteria - parametr 1, 2 i 3. Wykonawca Galaxy na stronie 14 oferty oświadczył, że oferowana macierz spełnia parametr nr 1 i 2, co w ocenie Odwołującego nie jest zgodne z prawdą. W toku badania i oceny ofert Zamawiający przyznał wykonawcy jedynie 60 pkt, na co wskazuje pismo z dnia 25.01.2018 r. informujące o wyborze oferty Galaxy. Oznacza to, że Zamawiający prawidłowo ustalił brak podstaw do przyznania dodatkowej punktacji w kryterium parametrów technicznych. Według Odwołującego ustalenie faktu, że wykonawca pomimo złożonego oświadczenia nie spełnia parametrów 1 i 2 powinno implikować nie tylko nieprzyznanie punktacji w tym kryterium, ale również wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Podkreślił, że wykonawca działający jako profesjonalista na rynku IT, którego działalność opiera się w dużej mierze na realizacji umów o zamówienia publiczne i który posiada wykwalifikowany zespół powinien być oceniany z zastosowaniem podwyższonej staranności. Wobec powyższego oświadczenie dotyczące spełniania kryteriów pozacenowych wskazuje w ocenie Odwołującego na niedbalstwo tego wykonawcy. Podanie tych informacji wprowadzało Zamawiającego w błędne przekonanie, iż powinien przyznać dodatkowe punkty, co świadczy o istotnym wpływie na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku oceny ofert.

W kwestii dotyczącej zarzutu nr 5 Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający pominął, że wycena w ramach Tabeli nr 3 formularza oferty (opłata wstępna) powinna odpowiadać oferowanym przez wykonawcę parametrom. Zamawiający opatrzył tą pozycję specjalnym odesłaniem w formie „**” i adnotacją „o ile są oferowane”. Dla ujęcia w cenie opłaty wstępnej kalkulacji poszczególnych parametrów wykonawca musiał więc rzeczywiście je zaoferować. W innym przypadku dokonywał wyceny elementów, które Zamawiający ostatecznie nie otrzyma, a więc dokonywał wyceny zawyżonej i nieadekwatnej do przedmiotu świadczenia, dopuszczając się jednocześnie zaburzenia ekwiwalentności świadczeń.

Według Odwołującego, dokonany sposób wyceny, gdzie wykonawca kalkuluje parametry techniczne z Tabeli nr 1 i Tabeli nr 2, które finalnie okazują się nie być zapewnione zagraża interesom Zamawiającego, w szczególności naraża Zamawiającego na przepłacenie za przedmiot świadczenia. Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego o braku przyznania punktów wynika, że wykonawca ten musiał mieć świadomość, że w

rzeczywistości nie zapewnia parametrów technicznych, co świadczy co najmniej o winie ewentualnej, lub o niedbalstwie.

Z ostrożności, w przypadku nie podzielenie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Oferta, która przedstawia wycenę parametrów, które finalnie wskutek weryfikacji Zamawiającego nie zostają faktycznie zapewnione przez wykonawcę, jest ofertą sprzeczną z treścią SIWZ, a co najmniej ofertą zawierającą błąd w obliczeniu ceny.

Odnosząc się do zarzutu nr 6 Odwołujący wskazał, że Zamawiający powinien poza wskazanymi w piśmie z dnia 25 stycznia 2018r. okolicznościami uznać jako podstawę odrzucenia również zaniechanie wskazania podwykonawcy w zakresie finansowania zamówienia. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że Atende oferuje macierze, które również są przedmiotem oferty Odwołującego. W związku z powyższym Odwołujący ma wiedzę jak wygląda oferta producenta przekazana na potrzeby niniejszego postępowania i znane mu są zasady współpracy. Producent jest odpowiedzialny za kwestie finansowania, co pociąga za sobą konieczność zawarcia umowy regulującej tą współpracę. Biorąc pod uwagę, że umowa ta jest odpłatna i dotyczy realizacji części zamówienia przez inny niż wykonawca podmiot należało ocenić, że umowa ta stanowi umowę o podwykonawstwo. Informacja na temat zakresu czynności powierzonych podwykonawcy miała, zgodnie z SIWZ znaleźć się w formularzu oferty czemu uchybił zarówno wykonawca Atende jak i wykonawca Galaxy. Wykonawca Galaxy bowiem, oferujący macierze producenta HPE również będzie zmuszony podpisać z tym producentem umowę podwykonawstwa w zakresie finansowania zamówienia. Skoro bowiem finansowanie musi być zrealizowane na zasadach określonych w SIWZ i pociąga za sobą dodatkowe wynagrodzenie to współpraca w tym zakresie nosi znamiona podwykonawstwa. Nie wskazanie więc ww. zakresu jako części zamówienia, którą wykonawcy Galaxy i Atende powierzą podwykonawcy przesądza o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego, który miał istotny wpływ na decyzje Zamawiającego polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Galaxy oraz zaniechaniu odrzucenia oferty Atende na tej podstawie.

Odwołujący uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Atende S.A. oraz wykonawcy Galaxy pomimo, iż zaoferowane ceny są rażąco niskie wskazał, że w niniejszym postępowaniu wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług wynosi 28 377 990,97 zł. Oferta wykonawcy Galaxy opiewa na kwotę 15 436 918,20 zł, zaś oferta wykonawcy Atende na kwotę 18 954 300,00 zł. Wobec powyższego jedynie oferta Odwołującego na kwotę 24 329 400,00 zł odpowiada wartości ustalonej przez Zamawiającego. Wobec tego, że ziszcila się przesłanka, o której mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia niezbędnych wyjaśnień w tym zakresie. Złożone wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jednak

Odwołujący, po analizie ofert wykonawców stwierdza, iż zaoferowanie cen na poziomie ok. 15 i 18 mln nie jest możliwe przy uwzględnieniu pełnego zakresu zamówienia. Z dużą dozą prawdopodobieństwa fakt niewskazania producenta jako podwykonawcy w zakresie finansowania zamówienia świadczy o tym, że wykonawcy nie uwzględnili w wycenie kosztów finansowania. Co więcej, skoro wykonawca Atende nie wskazał podwykonawcy - producenta w zakresie usług serwisowych i konsultacyjnych należy stwierdzić, że wykona jest sam, co w sposób znaczący wpłynie na cenę, lecz jest niezgodne z treścią SIWZ, w szczególności z § 3 załącznika nr 5 do SIWZ stanowiącym wzór umowy.

W ocenie Odwołującego zaistniała więc podstawa do odrzucenia ofert wykonawców Atende S.A. oraz Galaxy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Kolejno Odwołujący wskazał, że z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa mogą korzystać jedynie informacje (a nie automatycznie całe dokumenty), które odpowiadają definicji zawartej w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. W konsekwencji nie jest dopuszczalne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa całego dokumentu, a wyłącznie tych informacji, które w jego treści faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Galaxy objął tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz dostaw i referencje. W ocenie Odwołującego, wykonawca ten nie wykazał zasadności zastrzeżenia tych dokumentów, bowiem składając te dokumenty w sposób ogólny odwołał się do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przy ofercie. Złożone uzasadnienie jest ogólnikowe i nie stanowi należytej podstawy do objęcia ww. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa. Niezależnie od tego stwierdził, że Zamawiający nie miał prawa uznawać, że cały dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego w treści wykazu dostaw i referencji znajdują się informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (choćby przedmiot dostawy, jej wartość, data wykonania, czy treść referencji dotycząca sposobu wykonania dostawy). Zamawiający winien odtajnić ten dokument w zakresie, w którym nie narusza tajemnicy przedsiębiorstwa (choćby poprzez jego odpowiednią anonimizację). Z uwagi na zaniechanie Zamawiającego Odwołujący nie miał możliwości zweryfikowania, czy wybrany wykonawca faktycznie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W sposób tożsamy Zamawiający dopuścił się zaniechań względem odtajnienia wyjaśnień i dowodów złożonych przez Galaxy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2017 r. skierowane do tego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Wskutek zaniechań Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami wykonawcy, co automatycznie ograniczyło Odwołującego w możliwości wskazania podstawy faktycznej zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Tożsamą argumentację Odwołujący przywołuje względem informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę Atende, względem których Zamawiający także dopuścił się zaniechań w postaci ich nie odtajnienia.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że wskutek wszystkich powyższych naruszeń Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Według niego, brak zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wynika z dowolnego interpretowania i stosowania treści SIWZ w zależności od potrzeb Zamawiającego. W przypadku Odwołującego Zamawiający zdyskwalifikował jego ofertę z uwagi na poziom wyceny opłaty wstępnej, jednocześnie nie dopatrując się wad w ofercie wybranego wykonawcy pomimo zbliżonego procentowego poziomu wyceny, a co ważniejsze pomimo tego, że ten element oferty został wyceniony w sposób zawyżony z uwagi na uwzględnienie parametrów dodatkowych, których sam Zamawiający nie stwierdził w oferowanym „Sprzęcie IT”.

Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 19 lutego 2018 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 wskazał, że fakt nieustanowienia w SIWZ wymogu podania w ofercie odrębnej pozycji dotyczącej wycenienia Sprzętu IT pozostawał obojętny dla oceny oferty Odwołującego, bowiem postanowienia SIWZ są jednoznaczne, w szczególności jednoznacznym jest postanowienie zгідnie w brzmieniu: „opłata wstępna w wysokości 45% wartości Sprzętu IT”.

W zakresie w jakim uzasadnienie zarzutu referuje do kosztów ubezpieczenia należy zauważyć, że zgodnie z §2 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy zapewnienie ubezpieczenia sprzętu leży po stronie Finansującego (Wykonawcy). Ubezpieczenie stanowi więc koszt wykonawcy i nie jest ujęte ani w definicji Sprzętu IT ani nie wchodzi w zakres czynności dotyczących przekazania i odbioru Sprzętu. Tym samym nie może stanowić o wartości Sprzętu.

Bezzasadne jest według Zamawiającego wywodzenie przez Odwołującego, że jeżeli kary umowne liczone są od łącznej wartości umowy to potwierdza to prawo do kalkulowania oferty w sposób uwzględniający w każdej pozycji proporcjonalne koszty finansowania i marży. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną. Na tle SIWZ brak jakichkolwiek podstaw do wywodzenia, aby z odesłania w tym zakresie do ceny całkowitej, miał wynikać sposób obliczenia wysokości opłaty wstępnej czy też rat leasingowych.

Zamawiający w zakresie postawionego z ostrożności zarzutu dotyczącego braku szczegółowego wezwania do wyjaśnień stwierdził, iż termin na wniesienie odwołania w tym zakresie jest spóźniony.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Zamawiający wyjaśnił, iż Odwołujący poprzez specyficzne skalkulowanie opłaty wstępnej doprowadził do tego, iż Zamawiający na podstawie tak skonstruowanej oferty zmuszony byłby już w ramach opłaty wstępnej do zapłaty wynagrodzenia za świadczenia nie wchodzące w zakres pojęciowy Sprzętu IT obowiązujący na gruncie SIWZ, a do którego to Sprzętu IT wartości Zamawiający wyłączył w SIWZ możliwość w kalkulowania świadczeń w kalkulowanych w nią przez Konsorcjum.

W kwestii zarzutu nr 3 Zamawiający odnosząc się do spełnienia przez Przystępującego wymagań określonych w punkcie 10 OPZ stwierdził, iż przedstawione przez Galaxy informacje w kolumnie Parametr Oferowany w pkt 10 OPZ spełniają postawione wymaganie. W sekcji „Storage Quality of service” na stronach 24-25 dokumentu HPE 3PAR StoreServ Architecture znajduje się informacja, że macierz realizuje mechanizmy QoS dla SLA w kontekście czasu odpowiedzi Response Time dla danego wolumenu macierzy. Elementem logicznym, który koresponduje pomiędzy warstwą klas wydajności, a fizycznymi dyskami jest obiekt logiczny Virtual volume set (VVset), który nie musi być zbiorem wolumenów, ale może zawierać pojedynczy wolumen. Tym samym Zamawiający uznał za niezgodne ze stanem faktycznym w tym zakresie twierdzenie Odwołującego, jakoby to macierz HPE 3 PAR Store Serv 20800 R2 zapewniała możliwość przypisywania klas wydajnościowych jedynie dla grup wirtualnych wolumenów (a już nie dla pojedynczych wolumenów). Ponadto w ocenie Zamawiającego jest to prosty sposób do osiągnięcia celu, czyli bez konieczności konfiguracji grup RAID czy tworzenia polityk wydajnościowych oraz przypisania do poszczególnych warstw technologii dyskowych (SSD, FC/SAS).

Co do spełnienia przez Przystępującego wymagań określonych w punkcie 42 OPZ Zamawiający wskazał, że analizując zawartość przytoczonej dokumentacji HPE 3PAR StoreServ Management Console 3.2 Administrator Guide, znajdującą się na stronie internetowej wskazanej przez Galaxy, od strony 1-63 można znaleźć potwierdzenie spełnienia wymagań z pkt 42 OPZ. Zamawiający wyjaśnił, że: *„podczas całościowej analizy HPE 3PAR StoreServ Management Console 3.2 Administrator Guide w jego zawartości nie sposób nie natknąć się na kilka powiązanych dokumentów, które są ogólnodostępne i uszczegółwiają informację. Np.: na stronie 6 lub 39 HPE 3PAR StoreServ Management Console 3.2 Administrator Guide mamy odniesienie do HPE 3PAR StoreServ Management Console User Guide, z którego możemy dowiedzieć się w szczegółach o możliwościach oprogramowania HPE 3PAR StoreServ Management Console 3.2, zwłaszcza pod kątem możliwości operacyjnych panelu wizualizującego pracę komponentów macierzy, str. 25, definiowania własnych pulpików i możliwości graficznej prezentacji parametrów wydajnościowych macierzy - str. 36, 37, bądź prezentacji czasu odpowiedzi (Response time) 1 operacji 10 (IO/s) dla zasobów dyskowych str. 139 do 142, System raportowy umożliwia prezentację danych aktualnych i historycznych o wydajności macierzy-str. 139,130”*.

Tym samym spełnienie wymagań znajduje potwierdzenie w aktualnej i ogólnodostępnej dokumentacji producenta, a sam fakt jej podzielenia na kilka dokumentów nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż jest zgoła inaczej, co czyni Konsorcjum wskutek ograniczenia analizy do de facto fragmentu ogólnodostępnej dokumentacji produktu zaoferowanego przez Galaxy.

Zamawiający za niezasadny uznał również zarzut nr 4. Wyjaśnił, że kryteria oceny ofert i ich opis, którymi to kryteriami Zamawiający kierował się przy wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również podanie wag tych kryteriów i sposobu ich oceny został w sposób jednoznaczny i precyzyjny określony w SIWZ. Tym samym ocena informacji przedstawionych przez wykonawcę w celu uzyskania jak największej liczby punktów w danym kryterium dokonywana była tylko w przyzmacie postanowień SIWZ odnośnie tego kryterium - w efekcie wskazane informacje oceniane są jedynie jako te, które odpowiadają wymaganiom zawartym w kryterium lub jako te, które takim wymaganiom nie odpowiadają, co w efekcie pozwala na przyznanie punktów w danym kryterium lub nie. Nie ma tym samym możliwości "przenoszenia", jak stara się to czynić Odwołujący, ustawowych regulacji odnośnie wykluczenia wykonawcy z postępowania na zupełnie inny obszar związany z badaniem oferty w ramach danego kryterium oceny ofert. W konsekwencji skutki niespełnienia przez zaoferowany sprzęt wymagań określonych w ramach kryterium technicznego oceny ofert zostały w sposób wyczerpujący wskazane przez Zamawiającego w SIWZ. Jedynym skutkiem ich niespełnienia jest brak punktów w ramach danego kryterium, a nie wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W konsekwencji Zamawiający za niezasadny uznał zarzut nr 5 wyjaśniając, że skoro Przystępujący wskazał dokumenty w wyniku których możliwe było zweryfikowanie złożonego oświadczenia odnośnie spełniania dodatkowych kryteriów pozacenowych oceny ofert to tym samym nie sposób uznać, iż rzetelne postępowanie jest niezgodne z jakkolwiek przepisem prawa czy też dobrym obyczajem i, że może ono godzić w interes czy to Zamawiającego czy to innych Wykonawców.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Galaxy oraz Atende na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp oraz zaniechania wykluczenia Galaxy z Atende S.A. pomimo, iż obydwaj wykonawcy nie wskazali pełnego zakresu zamówienia, jaki powierzą podwykonawcy Zamawiający stwierdził, że skoro Odwołujący nie podjął jakiegokolwiek wywodu co do tego, co ma oznaczać owo „odpowiadanie za kwestie finansowania” to brak podstaw do tego, aby Zamawiający, jak i uczestnicy postępowania i wreszcie sama Izba byli obowiązani do rozwiązywania tego rodzaju zagadek formułowanych w treści Odwołania zamiast wypełnienia ciążącego na Odwołującym wywiedzenia podstawy faktycznej zarzutu. Użyte przez Odwołującego sformułowanie mieści w swoim zakresie znaczeniowym szereg możliwych konstrukcji, z których jedne mogą oznaczać podwykonawstwo inne zaś nie. Nie

sposób wobec tego uznać w ocenie Zamawiającego, iż zarzut ten faktycznie został przez Odwołującego postawiony. „Opis stanu faktycznego”, który winien stanowić podstawę zarzutu wskazany został tak dalece enigmatycznie, że praktycznie uniemożliwia odniesienie się do niego zarówno Zamawiającemu jak i uczestnikom postępowania. Ewentualne jego „rozwijanie” w trakcie rozprawy zaś, w ocenie Zamawiającego, będzie równoznaczne z faktycznym jego postawieniem dopiero na rozprawie, a zatem z naruszeniem terminu do wniesienia odwołania.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Atende S.A. oraz wykonawcy Galaxy pomimo, iż zaoferowane ceny są rażąco niskie Zamawiający wyjaśnił, że zarówno Przystępujący jak i Atende w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawili wyjaśnienia łącznie z dowodami, które nie potwierdzały, że ceny ofert tych wykonawców były cenami rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut nr 8 również w ocenie Zamawiającego nie zasługiwał na uwzględnienie. Zamawiający wyjaśnił, że zarówno Galaxy jak i Atende wraz z ofertą złożyli obszernie uzasadnienie dotyczące zasadności zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawcy ci udowodnili zasadność zastrzeżenia tej informacji. W przypadku wyjaśnień złożonych przez Galaxy a dotyczących rażąco niskiej ceny zostały złożone również wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia wyjaśnień i dowodów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W konsekwencji Zamawiający uwzględniając bezzasadność powyższych zarzutów, stwierdził, że również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców okazał się bezzasadny.

Przystępujący zaprezentował swoje stanowisko w piśmie procesowym z dnia 16 lutego 2018 r. i wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia jego oferty, wskazał m. in., iż zarzut ten jest zarzutem spóźnionym. Zauważył, że Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie treści oferty już w dniu 17 listopada 2017 r. W odpowiedzi na ww. pismo Zamawiający w dniu 24 listopada 2017 r. poinformował Odwołującego, iż udostępnia ofertę Galaxy wyłącznie w zakresie części jawnej. W związku z tym, od dnia 24 listopada 2017r. należało liczyć termin na wniesienie odwołania w przedmiocie zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego treści oferty Galaxy. Podkreślił, że stanowisko w tym zakresie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie (np. wyrok SO w Przemyślu z dnia 11 maja 2015r., sygn. akt I C 131/15).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego oraz stanowiska stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Zarzut nr 1 - naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że odpowiada ona treści SIWZ, skład orzekający uznał za niezasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Wskazać należy, że Zamawiający w Rozdziale X pkt 2 SIWZ „Opis sposobu ustalenia ceny” sformułował, że ceny określone w Formularzu Ofertowym powinny zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym uwzględniać opłatę wstępną (w wysokości 45% wartości Sprzętu IT) oraz sumę 47 równych, miesięcznych rat leasingowych.

W § 1 pkt 3 Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ Zamawiający definiując Sprzęt IT wskazał, iż są to „macierze dyskowe klasy Enterprise – 2 szt. wraz z oprogramowaniem systemowym niezbędnym do zachowania wyspecyfikowanej funkcjonalności Sprzętu IT, opisane w Załączniku nr 1 do Umowy”.

Ponadto nad tabelą nr 3 – Oplata wstępna, zawartą w Formularzu Ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, znajduje się następujący zapis: „Oferujemy Sprzęt IT (macierze dyskowe klasy enterprise wraz oprogramowaniem systemowym)...”.

Uwzględniając powyższe skład orzekający uznał, iż Zamawiający w SIWZ wyraźnie zdefiniował, co należy rozumieć pod pojęciem Sprzętu IT. Powyższe wynikało m.in. z § 1 pkt 3 Wzoru Umowy jak również znajdowało się nad Tabelą nr 3 Formularza oferty. Należy przy tym zauważyć, że dalsza część tekstu zamieszczonego nad Tabelą nr 3 o treści: „oraz na warunkach określonych we wzorze Umowy” odnosi się do warunków dostawy sprzętu, natomiast nie definiuje tego sprzętu. Definicja sprzętu IT została bowiem, w przypadku informacji zawartych nad Tabelą nr 3, zawarta wyłącznie w nawiasie. Również w SIWZ wskazany został sposób obliczenia opłaty wstępnej, tj. 45% wartości Sprzętu IT w ilości 2 sztuk. Dlatego też nieprawidłowe i niezgodne z postanowieniami SIWZ było obliczenie przez Odwołującego wysokości opłaty wstępnej stanowiącej 45% ceny całkowitej oferty, a nie 45% wartości Sprzętu IT, w konsekwencji czego, Izba uznała, że Zamawiający postąpił prawidłowo odrzucając ofertę Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Powyższe skutkowało oddaleniem odwołania.

Ponadto stwierdzić trzeba, że oceniając czynności Zamawiającego, Izba związana jest treścią SIWZ, której Odwołujący nie kwestionował na etapie poprzedzającym złożenie oferty. Powyższa okoliczność świadczy, zdaniem Izby, iż Odwołujący nie miał żadnych trudności z interpretacją postanowień SIWZ, w przeciwnym bowiem razie powinien był zwrócić się w trybie art. 38 ust. 1 do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie zapisów zawartych w SIWZ. Podkreślić trzeba, że kwestia potrzeby zadawania pytań Zamawiającemu winna być postrzegana przez pryzmat obowiązku wykonawcy należytego wykonania zamówienia i co się z tym wiąże złożenia ważnej oferty. Po wyroku Sądu Najwyższego z dnia z 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygnaturze IV CSK 626/2013, tracą na ostrości prezentowane poglądy, które opierały się na założeniu, że ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień SIWZ, nie dających usunąć się w drodze wykładni dokonywanej przez wykonawcę, powinna ponieść zawsze strona, która tę SIWZ zredagowała, czyli Zamawiający. Sąd Najwyższy w ww. wyroku w sposób odmienny ocenił pogląd, że zadawanie pytań Zamawiającemu należało uważać tylko za uprawnienie wykonawcy. SN wskazał na znaczenie art. 38 Pzp w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. Zgodnie z omawianym wyrokiem art. 38 Pzp w związku z art. 354 § 2 KC w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Sąd wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ celem przygotowania takiej oferty, która po pierwsze, będzie spełniała wymagania SIWZ, a po drugie, aby możliwe było prawidłowe wykonanie zamówienia. Formułowanie natomiast przez Odwołującego na

obecnym etapie postępowania zarzutów odnośnie nieprecyzyjnego zdefiniowania przez Zamawiającego pojęcia Sprzętu IT, jest działaniem spóźnionym i czynionym tylko na użytek postępowania odwoławczego.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Odwołującego odnośnie zaniechania Zamawiającego do wezwania go do złożenia wyjaśnień w sposób kompleksowy i zrozumiały, Izba stwierdziła, że powyższy zarzut okazał się niezasadny. Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 14 grudnia 2017 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wskazania wartości Sprzętu IT oraz wyjaśnienia (podania) sposobu wyliczenia tej wartości. Zamawiający wskazał: *„Zgodnie z Formularzem ofertowym – Tabela nr 3 – Opłata wstępna, Wykonawca zobowiązany był do podania opłaty wstępnej w wysokości 45% wartości Sprzętu IT. Nad Tabelą nr 3 zawarte było sformułowanie: Oferujemy Sprzęt IT (macierze dyskowe klasy enterprise wraz z oprogramowaniem systemowym), w ilości 2 szt., o parametrach technicznych wymienionych w Tabeli nr 1 oraz Tabeli nr 2 (punktowane w ramach kryteriów oceny ofert** Uwagi: ** - o ile są oferowane, oraz na warunkach określonych we wzorze Umowy, który stanowi Załącznik nr 5 do SIWZ za cenę: (...).”*

W ocenie składu orzekającego treść powyższego wezwania była jasna i precyzyjna, nadto treść wezwania winna być zawsze „czytana” wraz z treścią SIWZ. Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje podania wartości Sprzętu IT. Dlatego też ponowne wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia tej samej kwestii, należało uznać za bezzasadne. Podkreślić bowiem należy, że to wykonawca mając świadomość, że wyjaśnienia złożone w trybie art. 87 ust. 1 Pzp są równoważne treści złożonej oferty winien dołożyć wszelkich starań, aby złożone wyjaśnienia były precyzyjnie i jednoznacznie wyjaśniały kwestię, o której wyjaśnienie zwrócił się do niego Zamawiający (por. wyroki KIO/UZP 1327/09; KIO/UZP 1443/09).

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść tej oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała za niezasadny.

Stosownie do art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wymagane jest wystąpienie dwóch elementów w działaniu wykonawcy: czyn musi być niezgodny z prawem lub dobrymi obyczajami oraz musi on naruszać lub zagrażać interesowi innego przedsiębiorcy.

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący dokonując nieuprawnionego wliczenia do opłaty wstępnej oprócz wartości Sprzętu IT również innych kosztów dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Podkreślić należy, że Zamawiający wymagał, aby

wysokość opłaty wstępnej stanowiła 45% wartości Sprzętu IT. Tymczasem Odwołujący, jak wynika z jego wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu w dniu 20 grudnia 2017r., do wysokości tej opłaty wstępnej wliczył również koszty towarzyszące dostawie, tj. obejmujące m. in. licencje na oprogramowanie systemowe, wdrożenie, ubezpieczenie oraz serwis gwarancyjny, a także koszty finansowe i marżę.

Odwołujący dokonując wkalkulowania w wysokość opłaty wstępnej innych kosztów poza wartością Sprzętu IT, zawyżył wynagrodzenie które miał mu wypłacić na początku realizacji zamówienia Zamawiający. Dokonane przez Odwołującego obliczenie opłaty wstępnej, powodowałoby niezasadne uzyskanie środków finansowych na późniejszą realizację zamówienia. Powyższe działanie, zdaniem składu orzekającego, wypełniało przesłanki określone w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj. było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagrażało interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim Zamawiającemu, bowiem Zamawiający w momencie dostarczenia Sprzętu IT musiałby zapłacić również „z góry” za usługi niewykonane takie jak np. montaż tego sprzętu i jego wdrożenie, które zostaną wykonane na późniejszym etapie postępowania. Również w sytuacji, gdyby Odwołujący zrezygnował z wykonania zamówienia, uzyskałby wynagrodzenie, przekraczające wartość wykonanych usług, tj. wartość sprzętu.

Zarzut nr 3 - zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Galaxy, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, Izba uznała za niezasadny.

W Formularzu Ofertowym, w Tabeli nr 1 Zamawiający wymagał oprócz wskazania oferowanych parametrów, podania także numeru strony oraz nazwy oficjalnego, aktualnego oraz ogólnodostępnego dokumentu producenta w postaci instrukcji użytkownika lub dokumentacji technicznej, który potwierdza spełnienie parametru. Wymagał również wskazania PN – part numer/numer części – dla każdej pozycji.

W pozycji nr 10 Przystępujący wskazał: „*Oferowana macierz posiada możliwość operowania na klasach wydajnościowych (QoS) dla poszczególnych wolumenów/aplikacji (funkcja 3PAR Priority Optimization) określających maksymalny czas odpowiedzi (Response Time). Przydział pojemności do serwerów/aplikacji odbywa się w prosty sposób poprzez wskazanie klasy wydajności jednoznacznie identyfikującej wymagany poziom SLA rozumiany jako oczekiwany Response Time dla danego wolumenu i wymaganej pojemności, bez konieczności konfiguracji grup RAID czy tworzenia polityk wydajnościowych oraz przypisania do poszczególnych warstw technologii dyskowych (SSD, FC/SAS). Nie jest to macierz typu AllFlash (składająca się tylko z dysków typu SSD); Funkcja zawarta w P/N: Q1H28A; HPE 3PAR StoreServ Architecture;*

<https://www.hpe.com/h20195/v2/getpdf.aspx/4aa3-3516enw.pdf>; Strony 24-25, sekcja „Storage Quality of service”.

W pozycji nr 42 Przystępujący wskazał: „„Oprogramowanie zarządzające GUI umożliwia:

a. Graficzną prezentację wszystkich komponentów sprzętowych macierzy (minimum porty front-end, porty back-end, dyski, cache) na jednym panelu i wizualizację ich obciążenia pod kątem wydajności.

b. graficzną prezentację danych aktualnych i historycznych o wydajności macierzy (w MB/s, IO/s lub innych równoważnych jednostkach wydajności) dla komponentów takich jak porty front- end, porty back-end, dyski, cache.

c. prezentacja czasu odpowiedzi (Response Time) dla zasobów dyskowych dla operacji zapisu i odczytu, oraz procentowy udział operacji IO dla poszczególnych typów (odczyt, zapis, losowo, sekwencyjnie, operacja z udziałem pamięci cache itp.).

d. definiowanie własnych pulpitów z wybranymi parametrami wydajnościowymi dla wybranych komponentów, tworzenia wykresów różnych typów (kolumnowy, liniowy, kołowy); Z oferowaną macierzą dyskową zostanie dostarczony pakiet umożliwiający zarządzanie (GUI oraz CLI), a także analizę parametrów wydajnościowych; Funkcja zawarta w P/N: Q1H28A; HPE 3PAR Command Line Interface Administrator Guide <https://support.hpe.com/hpsc/doc/public/display?docId=c04204251>; strony od 1 do 292; https://support.hpe.com/hpsc/doc/public/display?sp4ts.oid=5044394&docLocale=enUS&docId=emr_na-a00021413en_us; strony 1 do 63”.

W odniesieniu do spełniania przez macierz zaoferowaną przez Przystępującego wymagań Rozdziału I SIWZ zawartych w tabeli nr 1 pkt 10 oraz pkt 42 Izba stwierdziła, że wnoszący odwołanie wykonawca nie potwierdził, że wymagania techniczne w spornym zakresie nie zostały spełnione.

Izba stwierdza, że w niniejszym postępowaniu odwoławczym, wobec zarzutów skierowanych do oferty Przystępującego przez Odwołującego, to wnoszący odwołanie wykonawca - zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności w postępowaniu odwoławczym wynikającą z art. 190 ust. 1 Pzp - zobowiązany był przedstawić dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Zdaniem Izby, Odwołujący poza przytoczeniem wymagań i ogólnym stwierdzeniem, iż zaoferowane przez Galaxy rozwiązanie nie spełnia parametrów określonych w dokumentacji przetargowej, nie wyjaśnił i nie uzasadnił, dlaczego tak uważa, a przedstawiana argumentacja nie została poparta jednoznacznymi, bezspornymi dowodami. Tak jak podnosił na rozprawie Przystępujący oraz Zamawiający, nie sposób przyznać waloru dowodowego przedkładanym przez Odwołującego dokumentom, które nie zostały przez niego podpisane, uwierzytelnione, ani też nie wskazano miejsca ich

pochodzenia. Nie można bowiem na ich podstawie ustalić, kto i kiedy zamieścił zawarte w nich informacje oraz czy, a jeśli tak, to w jaki sposób i przez kogo, ich prawdziwość została zweryfikowana. Z tych względów Izba uznała, że nie potwierdzają one stanowiska Odwoływającego dotyczące omawianej niezgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ.

W konsekwencji Izba uwzględniając stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, a przede wszystkim treść złożonych przez nich na rozprawie dowodów uznała, że zaoferowane przez Przystępującego Galaxy rozwiązanie spełnia wymagania postawione w poz. 10 i 42 Tabeli 1 Formularza ofertowego, a potwierdzenie spełniania przedmiotowych wymagań znajduje uzasadnienie w dokumentacji producenta wskazanej w treści oferty Przystępującego.

Zarzut nr 4 – naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Galaxy pomimo, iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania kryteriów poza cenowych, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie przypomnieć należy, że Odwoływający twierdził, iż Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd podając informację o spełnianiu przez niego wymagań dodatkowych stanowiących pozacenowe kryterium oceny ofert, w sytuacji, gdy Zamawiający uznał, że Galaxy tych wymagań nie spełnia, w konsekwencji czego przyznał mu 0 punktów w podkryterium 1 i 3.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższy przepis składa się z dwóch elementów, których łączne zaistnienie umożliwia dopiero zastosowanie przewidzianej w nim sankcji, tj. obowiązek wykluczenia wykonawcy. Pierwszym z nich jest wykazanie, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, drugim natomiast jest wykazanie, że powyższe mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby procedura wykazania powyższych okoliczności powinna być przeprowadzana indywidualnie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - pomiędzy wykonawcą, którego dane okoliczności dotyczą, a Zamawiającym. W przypadku jednak, gdy Zamawiający nie poweźmie przekonania o podstawach do wykluczenia wykonawcy, a spór powstanie na etapie postępowania odwoławczego, obowiązek dowiedzenia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na stronach i uczestnikach postępowania, którzy z danych okoliczności wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy, a także w art. 6 Kodeksu cywilnego.

W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący powinien zatem dowieść przede wszystkim, że kwestionowana przez niego decyzja Zamawiającego, tj. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Galaxy jest nieprawidłowa. Ze swojej strony zaś Zamawiający i Przystępujący powinni dowodzić, że jest ona uzasadniona.

Tymczasem Odwołujący w swojej argumentacji powołał się jedynie na ogólną „zasadę”, że podmiot, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, powinien zostać wykluczony z postępowania. Jednak „zasada” taka nie wynika z samej literalnej treści przepisu. Przepis ten bowiem nie formułuje takiej automatycznej przesłanki wykluczenia, lecz zawiera jeszcze element wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tych dwóch okoliczności powinien dowieść Odwołujący, czego nie zrobił.

W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający zasadnie odmówił przyznania punktów Przystępującemu za niespełnienie dodatkowych pozacenowych kryteriów oceny oferty, a tym samym nie udowodnił, iż dokonane przez Przystępującego wskazanie spełnienia postawionych kryteriów wprowadziło Zamawiającego w błąd oraz, że miało wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego. Przypomnieć ponownie należy, że w rozpatrywanym przypadku ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, bowiem to on wywodził skutki prawne z przywoływanych przez siebie twierdzeń. Z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów celem wykazania słuszności własnego twierdzenia, Izba uznała podnoszony przez niego zarzut za bezzasadny. Sam fakt natomiast nieprzyznania przez Zamawiającego punktów w zakresie spełniania przez Przystępującego wymagań dodatkowych nie mógł w ocenie Izby stanowić o tym, iż Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zarzut nr 5 – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Galaxy, pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie potwierdził się.

Uwzględniając stanowisko zaprezentowane w odniesieniu do zarzutu nr 4 Izba uznała, że nie został też udowodniony zarzut dotyczący popełnienia przez Galaxy czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez wkalkulowanie do ceny oferty parametrów, których w rzeczywistości nie zapewnił. Jak już bowiem zostało stwierdzone Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący rzeczywiście nie zaoferował rozwiązań technicznych, wymaganych w pozycji nr 1 i 3 tabeli nr 2 Formularza Ofertowego, w związku z czym brak jest podstaw do uznania, że powyższe działanie Przystępującego nosiło znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Tym samym Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący popełnił czyn nieuczciwej konkurencji.

Dokonując powyższych ustaleń skład orzekający nie stwierdził również naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy.

Zauważyć bowiem należy, że Odwołujący jako uzasadnienie potwierdzające tak postawione zarzuty wskazał: *„tylko oferta, która przedstawia wycenę parametrów, które finalnie wskutek weryfikacji Zamawiającego nie zostają faktycznie zapewnione przez wykonawcę, jest ofertą sprzeczną z treścią SIWZ, a co najmniej ofertą zawierającą błąd w obliczeniu ceny.”* Wobec tylko takiego uzasadnienia zarzutów Izba uznała, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania ich zasadności, gdyż Odwołujący sformułował tylko zarzut nie wskazując jakiegokolwiek argumentacji i nie przedstawiając dowodów potwierdzających ich zasadność. W związku z tym Izba uznała, że Odwołujący nie sprostał wymaganiom wykazania zasadności postawionego zarzutu.

Zarzut nr 6 - zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz Atende na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp pomimo, iż wykonawcy ci nie wskazali pełnego zakresu zamówienia, jaki powierzą podwykonawcy, nie potwierdził się.

Przypomnieć należy, że Odwołujący upatrywał naruszenia ww. przepisu w zaniechaniu wskazania przez Przystępującego i wykonawcę Atende podwykonawcy w zakresie finansowania zamówienia przez producenta Sprzętu IT.

Zgodnie z art. 2 ust. 9b Pzp umową podwykonawstwa jest umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawarta między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Przedmiotem umowy o podwykonawstwo są więc usługi, dostawy lub roboty budowlane będące częścią zamówienia publicznego. Na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „część zamówienia” to wyodrębniony fragment z całości przedmiotu zamówienia. Za część zamówienia nie można uznać umów wyłącznie powiązanych z przedmiotem zamówienia publicznego, ale niesłużących do jego realizacji, takich jak na przykład usługi ubezpieczeniowe, księgowość, kredytowe lub prawnicze. Zatem umowa o podwykonawstwo obejmuje tylko takie umowy, które dotyczą świadczeń możliwych do wyodrębnienia w treści opisu przedmiotu zamówienia, bądź też świadczeń służących wykonaniu przedmiotu zamówienia. Ponadto za podwykonawstwo należy uznać wykonanie całości lub części przedmiotu zamówienia przez podmiot inny, niż wykonawca. Podwykonawstwo jest zatem bezpośrednią realizacją części zamówienia przez podmiot nie będący wykonawcą. Tak więc finansowania realizacji zamówienia, podobnie zresztą jak kredytowania realizacji zamówienia przez bank, nie sposób uznać za podwykonawstwo.

Producent Sprzętu IT nie wykona bowiem części zamówienia na rzecz Zamawiającego, nie jest on więc podwykonawcą.

Zarzutu nr 7 – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Atende S.A. oraz wykonawcy Galaxy pomimo, iż zaoferowane ceny są rażąco niskie, nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 28.377.990,97 zł. Oferta Przystępującego opiewała na kwotę 15.436.918,20 zł w związku z czym była o 45,6% niższa o szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający postąpił więc prawidłowo wzywając w dniu 27 listopada 2017 r. Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący pismem z dnia 30 listopada 2017r. udzielił wyjaśnień w przedmiotowym zakresie.

W ocenie Izby, Przystępujący złożył szczegółowe i poparte dowodami wyjaśnienia, świadczące o tym, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną, umożliwiającą mu wykonanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku. Przystępujący wskazał sposób kalkulacji ceny, w tym między innymi szczegółowe wyjaśnienia odnośnie objęcia urządzeń serwisem gwarancyjnym. Na potwierdzenie przeprowadzonej kalkulacji złożył dowody w postaci m.in. oferty producenta Sprzętu IT, a także dokumenty potwierdzające wysokość wynagrodzeń pracowników. Złożone wyjaśnienia Przystępujący jednocześnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba dokonała pełnej analizy wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny i uznała, że wyjaśnienia potwierdzają realność zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę.

W ocenie Izby złożone dowody i wyjaśnienia Przystępującego niewątpliwie potwierdzają rzetelność przedstawionej kalkulacji ceny i jej realność rynkową.

Powyższe stanowisko Izby, odnosi się również do dokonanej oceny oferty złożonej przez wykonawcę Atende.

Zarzut nr 8 – naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania, Izba uznała za zasadny.

Wyjaśnić należy, że zasada jawności, wyrażona w art. 8 ust. 1 Pzp, jest jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadę tę eksponuje również art. 96 ust. 3 Pzp stanowiący, iż protokół postępowania jest jawny, a załączniki do niego udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia (...).

Wszelkie wyjątki od tej generalnej zasady muszą mieć swe źródło w normie rangi ustawowej i być interpretowane sposób ścisły, zgodnie z zakazem rozszerzającej wykładni wyjątków (*exceptiones non sunt extendendae*). Na gruncie ustawy Pzp jedynym takim wyjątkiem jest przepis art. 8 ust. 3 tej ustawy, zgodnie z którym zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Zgodnie z przywołanym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Z przywołanej definicji legalnej pojęcia "tajemnica przedsiębiorstwa" wynika zatem, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), w przypadku kumulatywnego ziszczenia się następujących przesłanek:

- a. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy i posiada wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa (podmiotu gospodarczego), oraz
- b. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, oraz
- c. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

Ustawodawca w art. 8 ust. 3 Pzp wymaga przy tym zastrzeżenia przez wykonawcę (nie później niż w terminie składania ofert), które zawarte w ofercie informacje nie mogą być udostępniane oraz wykazania, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. W świetle powyższego unormowania, mając na uwadze generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający powinien każdorazowo dokonać oceny, czy w stosunku do informacji, których poufność wykonawca zastrzegł, nastąpiło kumulatywne ziszczenie się przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. oraz 8 ust. 3 Pzp. Na Zamawiającym spoczywa bowiem obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu, bądź nie, informacji zawartych w ofercie wykonawcy. Zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać, czy faktycznie zaistniały przesłanki objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może zatem bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego przez wykonawcę, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (wyrok KIO z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP/338/09). W tym przypadku koniecznym jest ustalenie czy zastrzeżona informacja ma charakter technologiczny, techniczny lub organizacyjny, czy też inny. W następnej kolejności zamawiający powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy

przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął on w celu zachowania poufności informacji.

W przypadku stwierdzenia, że tajemnicą objęte zostały informacje niespełniające przesłanek uznania, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający ma obowiązek odtajnienia treści ofert, stosownie do wskazań poczynionych przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt: III CZP 74/05, zgodnie z którymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący uzasadniając postawiony zarzut wskazał, że z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa mogą korzystać jedynie informacje (a nie automatycznie całe dokumenty), które odpowiadają definicji zawartej w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. W konsekwencji nie jest dopuszczalne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa całego dokumentu, a wyłącznie tych informacji, które w jego treści faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba powyższy pogląd Odwołującego popiera i stwierdza, że wadliwe jest zatem zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Tożsame stanowisko Izba prezentuje odnośnie możliwości zastrzegania uzasadnienia objęcia poszczególnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie takie bowiem z reguły tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera a jedynie umożliwia ocenę, czy zasadne jest objęcie konkretnych informacji taką tajemnicą. Uzasadnienie takie umożliwia więc kontrolę i ocenę zasadności takiego postępowania wykonawcy. Podkreślić jeszcze raz należy, że zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane.

Zdaniem składu orzekającego bezpodstawne utrudnienie powszechnego dostępu do informacji w prowadzonym postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców, a tym samym narusza art. 8 ust 3 oraz art. 11 pkt 4 u.z.n.k.

Izba uznaje, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje nie ze względu na ich rodzaj, lecz tylko ze względu na zawartą w nich treść i tylko w zakresie z którego ta treść bezpośrednio wynika.

Wobec powyższego należało przyjąć, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego powołanego wyżej przepisu prawa.

Podkreślić jednak należy, że samo naruszenie przez Zamawiającego przepisu ustawy w postępowaniu nie decyduje o możliwości uwzględnienia odwołania. Stosownie do przepisu

art. 192 ust. 2 ustawy, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle przywołanego przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym z istotnym wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

W ocenie Izby powyższe naruszenie prawa nie miało wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik przedmiotowego przetargu, bowiem Izba oceniając zarzut nr 1 i nr 2 odwołania uznała, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie naruszył przepisów art.89 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 Pzp i tym samym zasadnie tą ofertę odrzucił.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Przystępującego zawartego w piśmie procesowym z dnia 16 lutego 2018 r., jakoby zarzut powyższy był zarzutem spóźnionym, Izba ustaliła, że Przystępujący wskazał, iż Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie treści oferty w dniu 17 listopada 2017r. W odpowiedzi na ww. pismo Zamawiający w dniu 24 listopada 2017 r. poinformował Odwołującego, iż udostępni ofertę Galaxy wyłącznie w zakresie części jawnej. W związku z tym, zdaniem Przystępującego od dnia 24 listopada 2017r. należało liczyć termin na wniesienie odwołania w przedmiocie zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego treści oferty Galaxy. Izba uznała, że powyższe nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż zarzut nie dotyczył tej części oferty.

Wskazać bowiem należy, że Odwołujący wnosil o odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa względem a) wykazu dostaw i referencji złożonych przez Galaxy przy piśmie z dnia 17 stycznia 2018 r., b) wyjaśnień oraz dowodów złożonych przez Galaxy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2017 r. skierowane do tego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, c) uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem informacji zawartych w dokumentach, o których mowa w lit. a i b, d) wyjaśnień oraz dowodów złożonych przez Atende S.A. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2017 r. skierowane do tego wykonawcy w trybie art. 90 ust.1 Pzp oraz e) uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem informacji zawartych w dokumentach, o których mowa w lit. d.

W ocenie Izby już z samego zestawienia dat, tj. terminu od którego w ocenie Przystępującego należało liczyć termin na wniesienie odwołania w przedmiocie zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego, treści oferty Galaxy (24 listopada 2017r.) z datami

dokumentów o odtajnieniu których wnosił Odwołujący (17 stycznia 2018 r. oraz 4 grudnia 2017r. – data wpływu do Zamawiającego wyjaśnień oraz dowodów złożonych przez Galaxy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2017 r.) wynika, że powyższe stanowisko Przystępującego jest nieprawidłowe.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący z wnioskiem o udostępnienie kompletnych ofert złożonych przez wykonawców oraz wszelkiej korespondencji związanej z przedmiotowym postępowaniem zwrócił się do Zamawiającego w dniu 25 stycznia 2018 r., tj. po podjęciu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w piśmie z dnia 26 stycznia 2018r. poinformował Odwołującego, iż dokumenty, z wyłączeniem informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zostaną udostępnione Odwołującemu w dniu 30 stycznia 2018 r. W tym też dniu Odwołujący, zdaniem Izby powziął informację odnośnie tego, które dokumenty Przystępujący i Atende objęli tajemnicą przedsiębiorstwa. Od tego też dnia rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania. Dlatego też Odwołujący wnosząc w dniu 5 lutego 2018 r. odwołanie zachował przewidziany przepisami ustawy Pzp termin.

Zarzut nr 9 - naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Izba uznała za niezasadny.

W ocenie składu orzekającego, Zamawiający dokonał prawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania. Skoro czynność Zamawiającego była prawidłowa, to nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w konsekwencji Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Reasumując, Izba uznała zarzuty odwołania za niezasadne. W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

