

Sygn. akt: KIO 2398/13

WYROK
z dnia 30 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 października 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 października 2013 r.** przez wykonawcę **Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach, ul. Lompy 19, 40-038 Katowice**

przy udziale wykonawcy **S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2398/13 po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2398/13 po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie zaniechanej czynności zapewnienia Odwołującemu dostępu do informacji zawartych w ofercie WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice w zakresie Formularza cenowego –**

specyfikacji technicznej, stanowiącego wypełniony i podpisany załącznik nr 4 do SIWZ (a zarazem będącego załącznikiem nr 3 oferty WASKO S.A.),

2. kosztami postępowania obciąża Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach, ul. Lompy 19, 40-038 Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach, ul. Lompy 19, 40-038 Katowice na rzecz wykonawcy Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zakup systemu zarządzania zasobami IT wraz ze sprzętową infrastrukturą, systemu archiwizacji i backupu”, znak sprawy: ZP-2380-427-83/13, zostało wszczęte przez Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach, ul. Lompy 19, 40-038 Katowice zwanego dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 142-246914 z dnia 24.07.2013 r.

W dniu 02.10.2013 r. (e-mailem) Komendant Wojewódzka Policji w Katowicach, ul. Lompy 19, 40-038 Katowice zwany dalej: „Zamawiającym” poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy /po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej./: WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice zwana dalej: „WASKO S.A.” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa zwana dalej: „Qumak S.A.” albo „Odwołującym”. Trzecią pozycję firma: S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa zwana dalej: „S&T Services Polska Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”.

W dniu 11.10.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie: Qumak S.A. na w/w czynności i zaniechania. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 11.10.2013 r. (faxem). Odwołanie wniesiono na czynności i zaniechania takie jak:

1. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez WASKO S.A.,
2. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez WASKO S.A., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. zaniechanie wykluczenia wykonawcy WASKO S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
4. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sygnity S.A. jako oferty niezgodnej treścią SIWZ, oraz ewentualnie innych ofert, które posiadają te same braki,
5. zaniechaniu odtajnienia przez Zamawiającego oraz odmowie udostępnienia Odwołującemu części oferty złożonej przez WASKO S.A. - w zakresie zał. nr 3 do formularza ofertowego przygotowanego na podstawie zał. nr 4 do SIWZ, tj. formularz cenowy i specyfikacja techniczna oferowanych urządzeń. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust 1 Pzp - poprzez niezgodne z Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie względem oferty WASKO S.A., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy WASKO S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa,
4. art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia pełnej treści oferty WASKO S.A. oraz odmowę udostępnienia Wykonawcy treści tych ofert w zakresie zał. nr 3 do formularza ofertowego, przygotowanego na podstawie zał. nr 4 do SIWZ;
5. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty pozostałych wykonawców, w których załącznik do formularza ofertowego przygotowany na podstawie zał. nr 4 do SIWZ jest dokumentem jawnym;
6. art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że zał. nr 3 do formularza ofertowego firmy WASKO S.A. może być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa.
7. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sygnity S.A., której treść nie odpowiada treści SIWZ, ewentualnie innych ofert, których treść nie odpowiadała treści SIWZ,
8. art. 7 ust. 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie w jakim oferta firmy Andra Sp. z o.o. została odrzucona, podczas gdy oferta Sygnity S.A. zawiera te same braki oferty, a dodatkowo dalsze uchybienia wskazujące, iż treść oferty Sygnity S.A. nie odpowiada treści SIWZ. Wobec powyższego Odwołujący wnosil o uwzględnienie na podstawie art. 192 § 2 Pzp odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 2. unieważnienia czynności oceny ofert,
 3. unieważnienie czynności aukcji,
 4. dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz:
 - odrzucenia oferty Sygnity S.A. jako oferty nie spełniającej treści SIWZ,
 - ewentualnie odrzucenie innych ofert, które zawierają braki ujawnione w ofercie Sygnity S.A.,
 - wykluczenie WASKO S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik

postępowania w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ewentualnie odrzucenie oferty WASKO S.A., która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- ponowną ocenę ofert i wybór oferty Qumak S.A. bez przeprowadzenia aukcji, gdyż po wykluczeniu/odrzuceniu w/w ofert, pozostają ważne tylko 2 oferty, a zatem przeprowadzenie aukcji jest zbędne.

5. ujawnienie części oferty WASKO S.A. w zakresie załącznika nr 3 do formularza ofertowego WASKO S.A. oraz udostępnienie go Odwołującemu do wglądu, Odwołujący wnosi również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego niniejszego postępowania.

Odnosnie terminu do wniesienia odwołania. Wskazał, że informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący powziął w dniu 02.10.2013 r. W tym dniu Zamawiający zawiadomił Wykonawcę za pośrednictwem poczty e-mail o wyborze oferty najkorzystniejszej. W zakresie wniesienia odwołania na decyzję Zamawiającego w przedmiocie tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wyjaśnia, że dokonał dwukrotnego wglądu do ofert w dniu 01.10.2013 r. Zamawiający nie udostępnił Wykonawcy do wglądu zał. nr 3 do formularza ofertowego WASKO S.A. przygotowanego na podstawie zał. nr 4 do SIWZ - formularz cenowy i specyfikacja techniczna. Pismem do Zamawiającego z dnia 01.10.2013 r. Wykonawca poinformował Zamawiającego o niezgodnym z prawem zastrzeżeniem jawności części oferty spółki Wąsko S.A. Zamawiający nie wypowiedział się w przedmiocie w/w wniosku, nie udostępnił również w/w części oferty WASKO S.A. Wykonawcy. Następnego dn. tj. 02.10.2013 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, nie rozpatrując czy WASKO S.A. prawidłowo i zasadnie utajniło zał. nr 3 do oferty - formularz cenowy i specyfikacja techniczna. Odwołujący wyjaśnił, że w Pzp nie został określony termin, w którym zamawiający byłby zobowiązany do zakończenia czynności sprawdzających i odtajnienia treści ofert niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie termin do wniesienia odwołania od zaniechania odtajnienia zastrzeżonych w ofercie informacji powinien być liczony od momentu uzyskania przez Wykonawcę wiedzy o podjęciu przez Zamawiającego decyzji odnośnie skuteczności dokonanego zastrzeżenia. Wykonawca powziął informację w sprawie utrzymania przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa WASKO S.A. wraz z otrzymaniem informacji o wyborze przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej, tj. w dniu 2.10.2013 r., która jednocześnie oznaczała, że Zamawiający utrzymał w tajemnicy zał. nr 3 oferty WASKO S.A., pomimo zastrzeżenia Odwołującego z dnia 01.10.2013 r. co do nieprawidłowości w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie WASKO S.A. Przywołał wyrok z dnia 26.01.2012 r., sygn. akt: KIO 100/12 oraz w wyrok KIO z dnia 07.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2597/12.

Odnosnie zarzutu bezpodstawnego zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy WASKO S.A. w zakresie zał. nr 3 do formularza ofertowego. Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji. Czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający, pomimo złożenia przez Odwołującego w Postępowaniu zawiadomienia o niezgodnym z prawem zastrzeżeniem przez WASKO S.A. zał. nr 3 do formularza ofertowego - oferta cenowa i specyfikacja techniczna, nie udostępnił przedmiotowego załącznika Odwołującemu. W ocenie Qumak S.A. było to działanie bezprawne, nie znajdujące swojego uzasadnienia w świetle przepisów Pzp. W szczególności zał. nr 3 do formularza ofertowego - sporządzony według wzoru umieszczonego (i częściowo wypełnionego) w treści SIWZ, zawierający wykaz oferowanego sprzętu oraz oprogramowania, a także formularz cenowy, nie podlega utajnieniu. Zdaniem Odwołującego zastrzeżone przez wykonawcę WASKO S.A. dokumenty nie mają szczególnego charakteru zawierającego niepowtarzalne dane danego przedsiębiorcy o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, nie zawierają informacji znanych tylko temu wykonawcy (mają charakter powszechny), a mają raczej na celu uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny oferty konkurencji. Wykonawca wyjaśnił, że zał. nr 4 do SIWZ, na podstawie którego WASKO S.A. przygotowała zał. nr 3 do formularza ofertowego, stanowi tabelę, według wzoru ustalonego przez Zamawiającego w treści SIWZ, w której wykonawcy podawali jedynie producenta, model i wersję produktów wskazanych przez Zamawiającego w postaci: serwerów blade, macierzy dyskowych podstawowych

i zapasowych, systemu backupu, oprogramowania do zarządzania zasobami IT, które miały spełniać minimalne wymagania, podane wcześniej przez Zamawiającego oraz zestawienie cen za poszczególne etapy I - III. Zamawiający nie pozostawił więc wykonawcom dowolności co do możliwości doboru sprzętu. Zdaniem Odwołującego przedmiotowy dokument nie mógł zawierać informacji, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców ubiegających się o udział w realizacji Zamówienia. Wykonawca podkreśla, że żaden z pozostałych wykonawców nie zastrzegł, iż w uzupełnionym zał. nr 4 do SIWZ zawarte są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący również nie czynił takiego zastrzeżenia. W tym kontekście podtrzymanie przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez WASKO S.A. - w sytuacji, gdy te same załączniki z wykazem sprzętu i oprogramowania w ofertach innych wykonawców są jawne - powoduje naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu (art. 7 ust. 1 Pzp). Analizując zał. nr 4 do SIWZ (zał. nr 3 do formularza ofertowego WASKO S.A.), należy stwierdzić, że informacje w nim zawarte nie są niepowtarzalne i nie można stwierdzić, iż stanowią know-how przedsiębiorstwa, szczególne dane techniczne/technologiczne przedsiębiorcy i mogą mieć dla niego konkretną i istotną wartość gospodarczą, którą można

wycenić dokonując np. wyceny przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest jego jawność, a odstępienie od niej jest możliwe tylko i wyłącznie wówczas, gdy przepis szczególny tak stanowi. Niewątpliwie przepisem takim jest art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym *„nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 1.”*. Konsekwencją tego, że jawność postępowania jest zasadą jest także to, że wszystkie wyjątki, w tym ten określony w art. 8 ust. 3 Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco, a muszą być rozumienie ściśle. W związku z tym, że przepisy ustawy Pzp nie określają co należy rozumieć przez tajemnicę przedsiębiorstwa i odsyłają w tym zakresie do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnieść się należy do art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), zgodnie z którym *„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.”* W konsekwencji bezsporne jest, że aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona posiadać łącznie trzy cechy:

- . mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny,
 - . być tajemnicą, co oznacza, że nie została ujawniona do publicznej wiadomości,
 - . podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.
- Uwzględniając powyższe zwrócił uwagę na fakt, że wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny. Zastrzeżenie tajemnicy, jak już wyżej zauważono, ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania. Z tego też względu Zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, tym bardziej, że naturalną skłonnością wykonawców jest próba chronienia się przed ujawnieniem określonych elementów oferty, a często informacji zawartych w specyfikacjach technicznych, tak aby utrudnić konkurencji wgląd w weryfikację oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w każdym przypadku powinien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (tak np. KIO w wyroku z dnia 31.03.2009 r.; sygn. akt: KIO/UZP 338/09). W niniejszym przypadku Zamawiający zwrócił się do wykonawców z wnioskiem o wyjaśnienie przyczyn i podstaw utajnienia części technicznej oferty, ale nie zweryfikował prawidłowości tych zastrzeżeń. Wykonawca wskazuje, że badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych

warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego (tak uchwała SN z 21.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05), a nie jest jedynie jego uprawnieniem. W przypadku stwierdzenia, że nie było dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy określonych informacji, zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone informacje. Wspomniał, że KIO w wyroku z dnia 26.01.2012 r., sygn. akt: KIO 100/12 stwierdziła, że podstawą do utajnienia oferty nie mogą być ogólnikowe oświadczenia wykonawców w sprawie powodów utajnienia, zaś Zamawiający musi każdorazowo dogłębnie zbadać, czy zastrzeżona oferta rzeczywiście zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa. W ten sposób gwarantowana jest jawność jako podstawowa zasada prawa zamówień publicznych, zapewniająca rzeczywistą konkurencję przy ubieganiu się o takie zamówienia. Wykonawca wskazał, że w ofercie WASKO S.A. w części stanowiącej zał. nr 3 do formularza ofertowego tego wykonawcy zawierające dane o oferowanych urządzeniach i oprogramowaniu oraz formularz cenowy, została utajniona bezpodstawnie i może tylko przypuszczać, że faktycznym powodem zastrzeżenia informacji nie była potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do utrudnienia konkurencji możliwości weryfikacji ofert lub innych dokumentów. Podkreślił, że w każdym przypadku, gdy wykonawca decyduje się zastrzec określone informacje jako poufne, powinien wykazać zamawiającemu, że zrobił to w sposób uprawniony, to znaczy wyjaśnić, na czym polega wartość handlowa określonych informacji. W przypadku ewentualnego postępowania odwoławczego dotyczącego zasadności utajnienia określonych danych to właśnie na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje są tego rodzaju, że wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwoływającego wyjaśnienia wykonawcę WASKO S.A. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone Zamawiającemu nie mogą być uznane za skuteczne. W niniejszej sprawie, w ocenie Odwoływającego, informacje zastrzeżone przez WASKO S.A. nie zawierają takich informacji, które stanowią określoną wartość handlową dla tej spółki. W szczególności:

a) nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa formularz cenowy odnoszący się jedynie do ogólnego zestawienia cen w etapach składających się na realizację projektu. Formularz nie wymaga podania żadnych szczegółowych danych, wskazujących na pochodzenie sprzętu (nabywanie od konkretnego podmiotu), otrzymane rabaty, zastosowane marże, itd. Nie można więc uznać, że formularz ten ujawnia „*politykę cenową kształtowaną w WASKO S.A.*” jak stwierdza ten wykonawca. Odwoływający podkreślił, że zgodnie z art. 86 ust. 4 podczas otwarcia ofert podaje się także informacje dotyczące ceny i na tej podstawie Zamawiający winien ujawnić również formularz cenowy załączony do oferty WASKO S.A. Przepis ten nie wskazuje, że dotyczy to jedynie globalnej ceny ryczałtowej podanej w ofercie, ale stwierdza ogólny obowiązek ujawnienia informacji dotyczących ceny. Zgodnie z orzecznictwem: Zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez

konkurencyjnych wykonawców. Za tajemnice przedsiębiorstwa nie sposób również uznać informacji zawartych w formularzu cenowym (wyrok KIO z 12.1.2011 r., sygn. akt KIO 2793/10).

b) w zakresie specyfikacji technicznej - nie są to poufne rozwiązania techniczne (wymagania) poszczególnych urzędzeń i oprogramowania skoro te rozwiązania techniczne są funkcjonalnie jednakowe dla wszystkich ubiegających się o to zamówienie i zostały narzucone w SIWZ, a tym samym nie są poufne skoro znają je wszyscy wykonawcy,

c) nie są tajemnicą przedsiębiorstwa oferowane przez w/w wykonawcę produkty - sprzęt i oprogramowanie bowiem są one powszechnie dostępne na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a ich producenci powszechnie udostępniają opisy swoich rozwiązań i cenniki swoich produktów,

d) podmiot, który zastrzegł w postępowaniu tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wykazu sprzętu i oprogramowania nie jest producentem (twórcą) sprzętu, czy też oprogramowania które oferuje, a jedynie nabywa określone produkty od producentów/dostawców. Dobór określonych urzędzeń nie jest więc *„procesem o charakterze technicznym i technologicznym, tj. dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, wzorów i metod działania wykonawcy”* jak wyjaśnieniach z dnia 17.09.2013 r. twierdzi WASKO S.A. Nie są więc objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykazy sprzętu i oprogramowania, w których zawarto produkty stworzone przez inne podmioty (producentów), a samo podanie typu, parametrów i nazwy konkretnego producenta i produktu nie narusza tajemnicy wykonawcy, które te produkty oferuje w postępowaniu.

Przywołał orzeczenie KIO z dnia 7.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1239/13 stwierdzając, że nie noszą znamion tajemnicy przedsiębiorstwa informacje wskazujące na producenta oraz model oferowanego sprzętu. Wskazał także na wyrok KIO z dnia 12.01.2011 r., sygn. akt: KIO 2793/10. Odwołujący nie zgodził się również z wyjaśnieniami, iż *„dobór właściwych urzędzeń do rozwiązania dedykowanego (...) polegający na ocenie parametrów urzędzeń, doborze odpowiedniego sprzętu oraz ich wkomponowaniu w dedykowane Zamawiającemu rozwiązanie uznać trzeba bez wątpienia za proces o charakterze technicznym i technologicznym (...)”* (wyjaśnienia WASKO S.A. z dnia 17.09.2013 r.).

Zdaniem Odwołującego, świadczy to niejako o tym, że WASKO S.A. uważa specyfikację techniczną jako swój indywidualny (autorski) pomysł, co nie może zostać zaakceptowane. Przyjęcie, że wykaz sprzętu i oprogramowania może stanowić *„autorski”* pomysł konkretnego wykonawcy prowadziłby do absurdalnych wniosków. Każdy bowiem z pozostałych wykonawców, którzy zaoferowali podobny wykaz sprzętu i oprogramowania, musiałby zostać uznany za podmiot naruszający *„autorski”* pomysł firmy WASKO S.A., narażając się jednocześnie na odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu naruszenia praw autorskich innego podmiotu; co więcej przyjęcie koncepcji, że wykaz sprzętu może stanowić

„autorski” pomysł musiałby prowadzić do wniosku, że żaden inny podmiot/osoba ani wcześniej, ani później nie oferowała na rynku informatycznym w swojej ofercie handlowej sprzedaży sprzętu i oprogramowania w określonej przez w/w wykonawcę konfiguracji. Taka sytuacja wydaje się niemożliwa i nie do przyjęcia. Odwołujący dodał, że nie można przyjąć, że charakter autorski (twórczy) ma zestawienie, wykazu sprzętu, wykaz oprogramowania, który dla przeciętnej osoby posiadającej wiedzę w zakresie sprzętu informatycznego i oprogramowania - po zapoznaniu się z wymaganiami Zamawiającego - jest możliwy do przygotowania. W dodatku przedmiotowy wykaz jest powtarzalny, nie ma charakteru indywidualnego, a wynika jedynie z dostosowania produktów do określonego celu - realizacji zamówienia wg specyfikacji przedłożonej przez Zamawiającego. Powołał się na wyrok SA w Warszawie z dnia 11.01.2005 r., sygn. akt: I ACa 154/04).

Biorąc pod uwagę powyższe, niezależnie od tego czy wykonawca podjął środki ostrożności, mające na celu zachowanie wykazu sprzętu i oprogramowania w tajemnicy, zaś nr 3 do formularza ofertowego WASKO S.A. nie może być uznany za skutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji muszą być spełnione łącznie. Wykaz sprzętu i oprogramowania jako nie posiadający wartości gospodarczej, charakteru technicznego, technologicznego ani autorskiego, nie może być zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków. W sposób bezkrytyczny przyjął zarówno treść oświadczeń wykonawcy jak i bez głębszej analizy zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, uznał, że te zastrzeżenia są prawidłowe. Zastrzeżenie przez WASKO S.A. tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu sprzętu i oprogramowania było nieuprawnione, a dokumenty te jako niezawierające tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być udostępnione Qumak S.A.

Odnosnie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zarzut składania nieprawdziwych informacji. Definicja czynu nieuczciwej konkurencji znajduje się w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazany przepis stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawa wskazuje, że czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży

lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym (art. 3 ust. 2 w/w ustawy). Powyższy katalog nie jest wyczerpujący.

W orzecznictwie wskazuje się, że art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określa przesłanki uznania konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Klasyfikacja stanu faktycznego jako czynu nieuczciwej konkurencji wymaga każdorazowego stwierdzenia, że zachowanie przedsiębiorcy 1) jest czynem nieuczciwej konkurencji, 2) pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami, 3) zagraża interesom innego przedsiębiorcy lub klienta lub je narusza. Ocena czynów występujących w działalności gospodarczej nie podpadających pod żaden szczegółowy przepis ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powinna być prowadzona na podstawie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 klauzuli generalnej (uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji) ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (tak SA w Łodzi w wyroku z dnia 31 lipca 1995 r., I ACr 308/95, OSA 1995, z. 7-8, poz. 52). Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest naruszanie tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego nie tylko czyn polegający na naruszeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, ale również zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa w oczywiście nieuzasadnionych przypadkach stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w myśl art. 3 ust. 1 w/w ustawy. Zastrzeganie bowiem informacji, które ewidentnie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zawierają w większości informacje podane przez Zamawiającego w treści załącznika do SIWZ, a uzupełnione zostają przez wykonawcę jedynie o producentów, modele i nazwy lub wersje, mają jedynie na celu utrudnienie konkurentom dostępu do oferty, pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami, interesem Zamawiającego, a zatem należy je kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca wskazał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa WASKO S.A. w zakresie zał. nr 3 zawierającego specyfikację techniczną i formularz cenowy pośrednio narusza także interes Zamawiającego, który po zweryfikowaniu w/w załącznika przez innych wykonawców ubiegających się o Zamówienie, mógłby otrzymać informację o ewentualnych brakach takiej oferty. W ocenie Odwołującego spełnione zostały zatem wszystkie przesłanki, aby uznać niezgodne z prawem zastrzeżenia treści oferty przez WASKO S.A. jako czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zwrócił również uwagę na orzecznictwo KIO, które wskazuje, że dla zakwalifikowania działania jako czyn nieuczciwej konkurencji nie jest konieczne istnienie zamiaru czy winy wykonawcy, lecz wystarczy obiektywne stwierdzenie, że określone zachowanie wpływa na uczciwą konkurencję w postępowaniu. Przywołał wyrok KIO z dnia 02.07.2012 r., KIO 1287/12. Wobec powyższego Odwołujący uznał, że ofertę WASKO S.A. należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż stanowi ona czyn

nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niezależnie od powyższego nadmieniał, iż w zał. nr 3 do formularza ofertowego WASKO S.A. wskazać należało tylko i wyłącznie producentów i typy/model oferowanych elementów infrastruktury sprzętowej i programowej, do której Zamawiający szczegółowo podał minimalne wymagania. Fakt ten potwierdza, iż w ofercie firmy WASKO S.A. występują elementy analogiczne jak w ofertach innych wykonawców (ewentualnie różniące się jedynie nazwą producenta i modelem), przez co nie ma mowy o tajemnicy przedsiębiorstwa, wyjątkowych danych technicznych, technologicznych tego przedsiębiorcy, co świadczy o tym, iż WASKO S.A. chcąc utrudnić innym wykonawcom wgląd do oferty celem weryfikacji jej poprawności, wyjaśniając tajemnicę przedsiębiorstwa złożyła oświadczenie nieprawdy. Nieprawdziwe informacje złożone przez w/w wykonawcę powinny skutkować jego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Sygnity S.A. oraz innych ofert nieodpowiadających treści SIWZ, które zawierały podobne braki na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Sygnity S.A. nie odpowiada treści SIWZ, wobec czego powinna być na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucona, a wykonawca nie powinien być zaproszony do aukcji. Zamawiający winien również odrzucić oferty innych wykonawców, jeżeli zawierają braki wskazane poniżej. Zdaniem Odwołującego oferta Sygnity S.A. zawiera braki w zakresie sprzętu, oprogramowania, a dodatkowo nie podaje ilości zaoferowanych produktów. Odwołujący wskazuje, że braki w treści oferty Sygnity S.A. zostały dostrzeżone na etapie badania ofert, Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, błędnie jednak uznał, że wyjaśnienia potwierdzają, że wymagania SIWZ zostały spełnione w ofercie Sygnity S.A. Sygnity S.A. w wyjaśnieniach podało tylko że przewidziało stosowne produkty, a nie podało np. ilości, co też było wymagane przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał dostarczenia odpowiednio:

- a. dla oprogramowania: Commvault należało zaoferować odpowiednio 20 szt. licencji,
- b. dla oprogramowania: Windows Serwer 2012 Datacenter należało zaoferować odpowiednio 4 szt. licencji.

Ponadto Zamawiający nie odrzucił oferty Sygnity S.A. za niewystarczającą ilość licencji VMware i brak wszystkich licencji VMware - dotyczy treści wpisanych w zał. nr 2 do formularza ofertowego stanowiącego zał. nr 4 do SIWZ w ust. 1 pkt 1.4. Zamawiający zgodnie z zał. nr 4 do SIWZ wymagał podania w zakresie oferowanych produktów: producenta; nazwa, wersji, ilości. W ww. pozycji Sygnity S.A. podało tylko i wyłącznie dwie nazwy licencji producenta VMware tj. VMware 5.x i Center w liczbie licencji 8. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego należało jeszcze podać jeden dodatkowy produkt vCenter Server Heartbeat, tak jak to uczynili pozostali wykonawcy Qumak S.A., S&T Services Polska

Sp. z o.o., Andra Sp. z o.o. Brak zaoferowania przez Sygnity S.A. licencji vCenter Server Heartbeat oznacza, że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań w zakresie pkt 1.4, a przedmiotowy produkt nie jest produktem wchodzącym w skład zaoferowanego przez Sygnity S.A. oprogramowania VMware 5.x.

Ponadto Zamawiający nie wyjaśnił i nie odrzucił oferty Sygnity S.A. za brak podania oferowanego przełącznika FC - dotyczy treści wpisanych w zał. nr 2 do formularza ofertowego Sygnity S.A., stanowiącego zał. nr 4 do SIWZ w ust. 2 oraz w ust. 3.

Zamawiający zgodnie z zał. nr 4 do SIWZ wymagał podania w zakresie oferowanych produktów: producenta, nazwy, wersji, ilości. W ww. pozycjach Sygnity S.A. podało tylko i wyłącznie wnioskowane pozycje odnośnie macierzy, a nie podało w zakresie wymaganych przełączników FC tak jak to uczynili pozostali wykonawcy Qumak, S&T, Andra. Zaoferowana przez Sygnity macierz nie posiada wbudowanego przełącznika FC (co Zamawiający winien wyjaśnić podczas oceny ofert), a przełącznik taki stanowi odrębne urządzenie. Brak podania producenta, nazwy i wersji uniemożliwia weryfikację przedmiotu oferty. Dodatkowo Zamawiający nie wyjaśnił i nie odrzucił oferty Sygnity S.A. za brak podania oferowanej szafy rack - dotyczy treści wpisanych w zał. nr 2 do formularza ofertowego Sygnity S.A., stanowiącego zał. nr 4 do SIWZ, w ust. 3. Zamawiający zgodnie z zał. nr 4 do SIWZ wymagał podania w zakresie oferowanych produktów: producenta; nazwy, producenta, nazwy, wersji, ilości. W ww. pozycjach Sygnity S.A. podało tylko i wyłącznie pozycje odnośnie macierzy, a nie podało w zakresie wymaganej szafy rack, tak jak to uczynili pozostali wykonawcy Qumak.

Zaoferowana przez Sygnity S.A. macierz nie jest dostarczana w komplecie z szafą rack (co Zamawiający winien wyjaśnić podczas oceny oferty), a szafa rack stanowi odrębne urządzenie. Brak podania uniemożliwia weryfikację przedmiotu oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że nieodrzuconie oferty Sygnity S.A., która zawiera podobne braki jak w ofercie Andra Sp. z o.o. (a dodatkowo dalej idące braki), stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców na podstawie art. 7 ust. 1 i 2 Pzp. Odwołujący wskazuje, że oferty w/w wykonawców zawierały podobne braki, Zamawiający wezwał wyjaśnienia, natomiast odrzucił jedynie ofertę Andra Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien wyjaśnić na jakiej podstawie odrzucił Andra Sp. z o.o., a uwzględnił ofertę Sygnity S.A., która została następnie zaproszona do aukcji - pomimo tego samego braku w ofertach obu podmiotów. Zawierające ten sam błąd oferty w ocenie Odwołującego powinny zostać odrzucone, a Sygnity S.A. zaproszony do udziału w aukcji. Mając powyższe na uwadze nie można stwierdzić, iż Zamawiający w niniejszej sprawie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ oraz z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w dniu 11.10.2013 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.10.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: S&T Services Polska Sp. z o.o., która wносиła o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 14.10.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: WASKO S.A., która wносиła o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 18.10.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło pismo procesowe Przystępującego: WASKO S.A. W niniejszym piśmie Przystępujący pragnie zwrócić uwagę na fakt wniesienia przez Odwołującego Qumak odwołania z przekroczeniem ustawowego terminu dziesięciu dni na jego wniesienie. Przystępujący w dniu 17.10.2013 r. otrzymał dostęp do protokołu postępowania wraz z załącznikami. Z analizy otrzymanych materiałów wynika, że odwołanie Qumak zostało wniesione po upływie przepisane go terminu. W załączeniu przesyłamy dowód (załącznik nr 1) w postaci pisma Zamawiającego skierowanego do Odwołującego, w którym wgląd do ofert został mu wyznaczony na dzień 30.09.2013r. Z pisma w brzmieniu: „*W odpowiedzi na pismo z dnia 10.09.2013r. Zespół Zamówień Publicznych KWP Katowice informuje, że wgląd do jawnej części ofert złożonych w ww postępowaniu przez Przedstawicieli Państwa firmy będzie możliwy w dniu 30.09.2013r. od godziny 9:00.*”

Z treści pisma bezspornie wynika, że

- 1) Zamawiający zakończył już na dzień 25.09.2013r. (data pisma] proces badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych ofertach - Zamawiający posługuje się w piśmie zwrotem „(...) *wgląd do jawnej części ofert (...)*”, co bezspornie wskazuje na zakończenie procedury badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w otrzymanych ofertach;
- 2) Odwołujący Qumak już w dniu 30.09.2013r. mógł przy zachowaniu należytej staranności powziąć wiadomość o czynności zamawiającego, którą skarży wniesionym odwołaniem i w związku z którą buduje zarzuty co do oferty złożonej przez Przystępującego.

W związku z powyższym odwołanie w zakresie dotyczącym zastrzeżenia przez WASKO S.A. części oferty ze względu na ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. zarzut zaniechania odtajnienia części oferty, zarzut złożenia przez

WASKO S.A. nieprawdziwych informacji, jak również zarzut zaniechania odrzucenia oferty WASKO S.A. ze względu na rzekome dopuszczenie się przez WASKO S.A. czynu nieuczciwej konkurencji jest spóźnione, ponieważ powinno zostać wniesione najpóźniej w dniu 10.10.2013 r., natomiast zostało wniesione w dniu 11.10.2013r.

Przystępujący zwrócił również uwagę, że odwołanie w zakresie zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Sygnity S.A. oraz ewentualnie innych ofert posiadających takie same w ocenie Odwołującego uchybienia przesądzające o konieczności odrzucenia tychże ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest również odwołaniem spóźnionym. Dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania w tym zakresie należy liczyć od dnia 27.09.2013 r., ponieważ w tym właśnie dniu Wykonawcy biorący udział w aukcji elektronicznej otrzymali powiadomienie z portalu aukcyjnego - Urzędu Zamówień Publicznych Platforma aukcji elektronicznych o wykonawcach biorących udział w postępowaniu oraz o rankingu dokonanych postąpień. Jako dowód w tym zakresie przesyłamy wydruk wiadomości e-mail, który wpłynął do Przystępującego bezpośrednio po zakończeniu aukcji elektronicznej (załącznik numer 2). Na wypadek gdyby Odwołujący twierdził, że takiej wiadomości nie otrzymał wskazujemy, że informacje o aukcjach zakończonych są dostępne na stronie internetowej www.aukcje.uzp.gov.pl i Odwołujący miał możliwość zapoznania się z listą wykonawców biorących udział w aukcji już w dniu 27.09.2013r. Z ostrożności wnosimy o przeprowadzenie dowodu z materiałów znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego lub Urzędu Zamówień Publicznych, które potwierdzać będą rozesłanie e-maila z informacjami dotyczącymi uczestników aukcji do wszystkich uczestników aukcji (w tym również do Odwołującego). Przystępujący zwraca uwagę na art. Art. 91a. ust. 1 Pzp, zgodnie, z którym Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Brzmienie przepisu wskazuje, że do aukcji elektronicznej dopuszczani są tylko ci z wykonawców, których oferty zostały przez zamawiającego zweryfikowane pozytywnie, jako niepodlegające odrzuceniu. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO, np. wyrok z dnia 06.05.2013 r., sygn. akt: KIO 939/13: *„Art. 91a ust. 1 P.z.p. stanowi, że jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Treść powyższego przepisu ustawy wprost obliuguje zamawiającego do przeprowadzenia oceny złożonych ofert przed*

zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej. Tym samym zamawiający winien ustalić, czy złożone przez wykonawców oferty nie podlegają odrzuceniu. Zatem zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej przesądza o tym, że zamawiający ustalił, że oferty wykonawców zaproszonych do aukcji nie podlegają odrzuceniu. Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że przesłanie zaproszenia do udziału w aukcji jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert złożonych w prowadzonym postępowaniu. Tym samym od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty. Izba potwierdza, że zamawiający zapraszając wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej nie informuje ich o innych zaproszonych wykonawcach. Przepis art. 91b ust. 2 ustawy P.z.p., określający dane, które powinny znaleźć się w zaproszeniu, nie wskazuje na konieczność informowania o tym, którzy wykonawcy zostali również zaproszeni do udziału w aukcji, jednak wskazać należy, że fakt wystosowania do wykonawcy zaproszenia jest jednocześnie informacją dla niego o tym, że zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że pozytywnie zweryfikował, co najmniej trzy oferty. Istotnym jest, że informacja o tym, którzy wykonawcy zostali zakwalifikowani do wzięcia udziału w aukcji zawarta jest w dokumentacji postępowania, która jest jawna dla wykonawców i każdy z nich uprawniony jest do wglądu do niej w celu uzyskania wiedzy na temat pozostałych zaproszonych wykonawców. (...) W ocenie Izby czynność zakwalifikowania wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 ustawy P.z.p. W takim przypadku odwołanie - zgodnie ze wskazanym przepisem - 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. Ponieważ zaproszenie do udziału w aukcji wykonawcy otrzymali w dniu 27 lutego 2013 r., termin na wniesienie środka odwoławczego w zakresie zaniechania odrzucenia ofert wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji upływał się w dniu 9 marca 2013 r. Wniesienie odwołania w dniu 22 kwietnia 2013 r. - jak to miało miejsce w rozpoznawanym przypadku - należy uznać za dokonane z naruszeniem terminu do jego wniesienia." Z przytoczonego orzeczenia wynika, że zakwalifikowanie wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej jest czynnością Zamawiającego. Przesądza to o tym, że wykonawca niezgadający się z taką czynnością na odwołanie ma dziesięć dni od dnia, w którym wykonawca ten powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o dokonanej czynności. W przedmiotowym przypadku Przystępujący wskazuje, że po zakończeniu aukcji (w dniu 27.09.2013 r. Odwołujący miał informację o innych wykonawcach zaproszonych do aukcji (lub mógł taką informację z łatwością uzyskać), a w związku z tym to od tego dnia należy liczyć termin 10 dni na

wniesienie odwołania w zakresie udziału w aukcji podmiotów nieuprawnionych w ocenie Odwołującego. Z przytoczonego orzeczenia wynika, że termin dziesięciodniowy należy liczyć od najwcześniejszego momentu w postępowaniu, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o czynności zamawiającego - w przedmiotowym postępowaniu jest to dzień 27.09.2013r. Powyższe stanowisko zostało również potwierdzone uchwałą SN: *„W sytuacji gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przestania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)”* (III CZP 107/12 z dnia 28.02.2013r.).

W dniu 28.10.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło drugie pismo procesowe Przystępującego: WASKO S.A. podpisane przez Wiceprezesa Zarządu Andrzeja R. ujawnionego w wydruku KRS-u załączonego do oferty i umocowanego do samodzielnej reprezentacji. Zwrócił uwagę, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było poprzedzone dialogiem technicznym, w którym WASKO S.A. wzięła udział, angażując do tego celu grupę inżynierów, którzy przygotowali koncepcję opartą o produkty wykorzystywane przez Spółkę oraz w oparciu o usługi przez nią realizowane. Na każdym etapie dialogu technicznego dokumenty, którym posługiwała się WASKO S.A, zastrzegane były jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa - nie były ujawniane innym uczestnikom postępowania i posłużyły następnie jako podstawa do przygotowania oferty w ogłoszonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, dostarczenie, wykonanie i uruchomienie *„Systemu zarządzania zasobami IT wraz ze sprzętową infrastrukturą serwerowa, systemem archiwizacji i backupu”*. Tak więc zamówienie nie obejmuje jedynie poszczególnych elementów infrastruktury sprzętowej do realizowanego przez Zamawiającego projektu, a wykonanie i uruchomienie Systemu w oparciu o indywidualnie dobieraną przez poszczególnych Wykonawców infrastrukturę sprzętową. Głównym dokumentem w oparciu, o który Wykonawcy dokonywali przygotowania oferty, oszacowania jej kosztów był zał. nr 3 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, a nie zał. nr 4 do SIWZ jak twierdzi Odwołujący. Gdyby przyjąć argumentację Odwołującego za zasadną można by uznać, że w przedmiotowym postępowaniu zał. nr 3 nie był potrzebny, a ofertę dla Zamawiającego można było przygotować wyłącznie w oparciu o zał. nr 4. Przystępujący podkreśla, że zał. nr 3 do SIWZ stanowi koncepcję realizacji przedsięwzięcia na podstawie,

której WASKO S.A, przygotowała własną koncepcję realizacji, dobrała odpowiednie komponenty sprzętowe, które łącznie pozwoliły zaoferować rozwiązanie na tyle konkurencyjne, aby wygrać aukcję elektroniczną w przedmiotowym postępowaniu.

Zwracamy uwagę, że dobrane przez wykonawcę urządzenia składające się na system nie pokrywają się z urządzeniami zaoferowanymi przez konkurentów. Odnosząc się do charakteru zał. nr 4 do SIWZ - formularz cenowy - specyfikacja techniczna, to stanowi on informację dla Zamawiającego o elementach systemu, które posłużyły Zamawiającemu do weryfikacji zgodności podstawowych elementów ofert z treścią SIWZ, co nie zmienia to faktu, iż załącznik ten stanowi element koncepcji realizacji przedsięwzięcia przez WASKO S.A., którą to koncepcję WASKO S.A. uważa za tajemnicę przedsiębiorstwa i ze względu na to zastrzegła w ofercie tajny charakter zał. nr 3 do formularza ofertowego.

Przystępujący nie zgadza się ze stwierdzeniem Odwołującego, że *„Zamawiający nie pozostawił wykonawcom dowolności co do możliwości doboru sprzętu”*. Takie stwierdzenie nie może zostać uznana za prawdziwe, ze względu na fakt, że Wykonawcy zaoferowali do realizacji zamówienia różne urządzenia, co wyraźnie świadczy o tym, że do realizacji przedsięwzięcia na potrzeby Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach przyjmowali różne koncepcje, wyrażające się różnicami w oferowanym sprzęcie. Nieprawdziwe jest też stwierdzenie, że złożenie poprawnej oferty w przedmiotowym postępowaniu, czyli przygotowanie zestawienia sprzętu i oprogramowania *„jest możliwe do przygotowania dla przeciętnej osoby posiadającej wiedzę w zakresie sprzętu informatycznego i oprogramowania”*. Przygotowanie wykazu sprzętu i oprogramowania musi być poprzedzone analizą wymagań i przygotowaniem koncepcji realizacji zamówienia, a nie sprowadza się tylko to wyszukania spośród dostępnych na rynku urządzeń, tych spełniających minimalne wymagania z zał. nr 4 do SIWZ. W celu przygotowania rzetelnej, zgodnej z SIWZ oferty konieczne jest dobranie komponentów, które pozwolą na spełnienie wszystkich wymagań wynikających z całej dokumentacji postępowania, a nie tylko z zał. nr 4 do SIWZ. Przystępujący zwraca również uwagę, że nie przypisuje sobie praw autorskich do specyfikacji technicznej (jak sugeruje to Odwołujący), ale klasyfikuje zał. nr 3 do formularza ofertowego jako dokument zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wywód Odwołującego w tym przedmiocie w ocenie Przystępującego nie znajduje żadnego uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy.

Powyżej przedstawiona została dodatkowa argumentacja, rozwinięcie wyjaśnień Przystępującego z dnia 17.09.2013 r. przesłanych Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do uzasadnienia zasadności poczynionych w ofercie zastrzeżeń, dlatego też w ocenie Przystępującego zarzut złożenia przez WASKO S.A, nieprawdziwych informacji, które miałyby skutkować wykluczeniem jej z postępowania jest zarzutem całkowicie bezpodstawnym z punktu widzenia stanu faktycznego sprawy jak również przyjmowanej

w praktyce wykładni przesłanki wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust, 2 pkt. 3 Pzp (por. zwł. KIO 1239/13).

Bezpodstawny jest również zarzut, jakoby zastrzeżenie przez WASKO S.A. zał. nr 3 do oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, stanowiący podstawę do odrzucenia oferty WASKO S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3. Odwołujący w uzasadnieniu dla zarzutu rzekomego dopuszczenia się przez WASKO S.A. czynu nieuczciwej konkurencji stwierdza, że w przedmiotowej sprawie nastąpiło „*zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w oczywiście nieuzasadnionym przypadku*”, co ze względu na udzielone przez WASKO S.A. wyjaśnienia nie miało miejsca, w przedmiotowej sprawie nie można przede wszystkim stwierdzić, że poczynione przez WASKO S.A. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są bezsprzecznie niezasadne. Przystępujący zwraca jednocześnie uwagę na fakt, że konsekwencją nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (jeżeli takie niezasadne zastrzeżenia wystąpią) w ofertach jest odtajnienie przedmiotowych informacji przez Zamawiającego lub nakazanie odtajnienia tychże informacji przez KIO, a nie odrzucanie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Stanowisko prezentowane przez Odwołującego w tym zakresie prowadziłoby do nieuprawnionej rozszerzającej wykładni definicji czynu nieuczciwej konkurencji na potrzeby postępowania odwoławczego w sytuacji procesowej Odwołującego.

W dniu 23.10.2013 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił odwołania, a częściowo oddalił odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym.

Względem zarzutu dotyczącego bezpodstawnego zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy WASKO S.A. Zamawiający uznał wskazany zarzut za zasadny. WASKO S.A. zastrzegł w swojej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa wypełniony zał. Nr 4 do SIWZ. Niniejszy załącznik stanowił Formularz cenowy wraz ze specyfikacją techniczną i po wypełnieniu przez Wykonawców miał wskazywać zaoferowany przez nich sprzęt oraz posiadające przez ten sprzęt parametry techniczne określone przez Zamawiającego jako minimalne. WASKO S.A. utrzymał również to zastrzeżenie w stosunku do tego dokumentu złożonego po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Złożenie dokumentu wynikało z wprowadzonego przez Zamawiającego obowiązku i miało na celu wskazać ceny jednostkowe oferowanego sprzętu po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

Uwzględniając przedstawione przez Odwołującego orzecznictwo w zakresie niezasadnego zastrzeżenia dokumentów w złożonej ofercie. Zamawiający stwierdził, że uznaje bezprawność swojego postępowania w tym zakresie. Zamawiający nie podziela również argumentacji Przystępującego do odwołania WASKO S.A. w zakresie wniesienia

odwołania po upływie terminu. Odwołujący dokonując badania ofert części jawnej nie mógł znać decyzji Zamawiającego w zakresie ewentualnego odtajnienia części zastrzeżonej oferty. Ponadto, Zamawiający nie poinformował Odwołującego o podtrzymaniu dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia części oferty odrębnym pismem. Tym samym Zamawiający uznaje zasadność przedstawionej przez Odwołującego argumentacji i przywołanego orzecznictwa przyjmując prawo wniesienia odwołania od zaniechania odtajnienia zastrzeżonej części oferty w terminie 10 dni od dnia otrzymania przez Odwołującego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z uwagi na powyższe Zamawiający stwierdzi, że powróci do badania i oceny ofert i niezwłocznie dokona odtajnienia zastrzeżonej części oferty.

Odnosnie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji oraz składania nieprawdziwej informacji. Zamawiający wnosił o oddalenie tego zarzutu jako niezasadnego z uwagi na uznanie przez Zamawiającego zarzut dotyczącego bezprawnego zaniechania części oferty Przystępującego. Powyższe stanowisko wynika z faktu, że Pzp nie przewiduje obowiązku wykluczenia Wykonawcy lub odrzucenia oferty w przypadku niezasadnego zastrzeżenia części oferty. Brak jest również takiego obowiązku w przypadku, gdy złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia na okoliczność wykazania istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, okażą się niewystarczające bądź sprzeczne z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa. W takim przypadku, gdy Wykonawca zastrzeże jako tajemnice przedsiębiorstwa część oferty nie stanowiącą takiej tajemnicy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający celem dochowania jawności postępowania powinien taką ofertę ujawnić i udostępnić innym Wykonawcom. Ujawnienie zaś zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty znosi jej wadę i tym samym niemożliwe staje się ponawianie zarzutu o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie, zaś zarzutu składania nieprawdziwych informacji brak jest dowodów, że Przystępujący miał taki właśnie cel w zastrzeżeniu części swojej oferty. Dokonanie powyższego mogło również być spowodowane błędnym zrozumieniem definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na potwierdzenie powyższego zarzutu również sam Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, a tym samym Zamawiający do uznania go za zasadny w szczególności za fakt, że odtajnienie zastrzeżonego dokumentu uczyni ten zarzut bezpodstawnym.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcy Sygnity S.A. Na zarzut zaniechania oferty złożonej przez Sygnity S.A., Odwołujący wskazał cztery zarzuty w zakresie, których Zamawiający uznaje jeden zarzut i wnosił o oddalenie pozostałych.

Względem zarzutu 3A – tzn. obejmującego podanie przez Sygnity S.A. w zał. nr 4 do SIWZ wyłącznie oferowanych produktów, a nie ich ilości – co według Odwołującego było wymagane i dotyczyło: a) dla oprogramowania Commvault należało zaoferować 20 szt. licencji; b) dla oprogramowania: Windows Serwer 2012 DataCenter należało zaoferować odpowiednio 4 szt. licencji. Względem pierwszej kwestii Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Zamawiający wymagał podania producenta oraz modelu serwera backupu oraz opcjonalnej półki dyskowej i jednocześnie nie wymagał podania nazwy oraz ilości licencji dla oprogramowania backupowego. Brak wymogu wskazania ilości licencji wynikał z faktu, iż dostępne na rynku tego typu oprogramowania mają różny model licencjonowania. Wpisywanie w zał. nr 4 do SIWZ wersji oprogramowania i ilości licencji było dokonywane przez Wykonawców we własnym zakresie i w żaden sposób nie wynikało z wymogów Zamawiającego. Przywołać należy samą konstrukcję zał. nr 4 do SIWZ, w którym nie przewidziano wyodrębnionego pola do wpisania powyższych danych, Zamawiający w tabeli „wymagania funkcjonalne” dokładnie opisał wymogi stawiane systemowi backupu. Wymaganą ilość licencji definiuje zał. nr 3 do SIWZ pkt 2.3: *„Dla wykonywania kopii zgodnie z powyższymi wymaganiami konieczne jest dostarczenie wszystkich i kompletnych licencji nieograniczonych czasowo. Jeżeli jakkolwiek z wymaganych licencji jest limitowana w zależności od pojemności to powinna ona zapewnić ona obsługę co najmniej 20 TB danych źródłowych”*. Zwrócenie się o wyjaśnienie do Sygnity S.A. wynikało z badania oferty przez Zamawiającego zorientowanej na sprawdzenie tej oferty w zakresie spełnienia wymogów odnośnie przedmiotu zamówienia określonych w SIWZ. Celem udowodnienia zasadności swojego zarzutu Odwołujący wskazuje oprogramowanie oraz ilość licencji, które jednak dotyczą oferty złożonej przez Odwołującego. Natomiast w ofercie Wykonawcy Sygnity S.A. zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami zostało zaoferowane oprogramowanie spełniające wymogi Zamawiającego. Wykonawca nie podał ilości licencji bowiem Zamawiający nie zwrócił się o to w prośbie o złożenie wyjaśnień, a obowiązek ich podania nie wynikał z zapisów SIWZ. Względem drugiej kwestii, Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Zamawiający wymagał podania producenta, nazwy oraz wersji systemu operacyjnego. Zamawiający nie wymagał podania ilości, gdyż wymaganą ilość definiuje tabela: *„Wymagania techniczne” zał. nr 4 do SIWZ pkt 5: „Licencje pozwalające instalowanie nieograniczonej ilości systemów operacyjnych na 4 fizycznych modułach serwerowych (po 1 licencji na moduł serwerowy).”*

Względem zarzutu 3B – odnośnie odrzucenia oferty złożonej przez Sygnity S.A. oraz innych ofert nieodpowiadających treści SIWZ, które nie zaoferowały licencji vCenter Server Heartbeat. Zamawiający uwzględnił zarzut. Uznał, że dodatkowy produkt VMware vCenter Server Heartbeat jest niezbędny do spełnienia wymogu wysokiej dostępności komponentów

zarządzających w taki sposób, aby umożliw nieprzerwany dostęp do konsoli zarządzającej w przypadku awarii pojedynczego modułu serwerowego. Wskazany wymóg stanowił minimalny wymóg w zakresie przedmiotu zamówienia. W przypadku zaś zastosowania tylko licencji VMware 5.x, 2CPU, ENT Plus + Center i użycia funkcjonalności High Availability – wystąpienie awarii modułu serwerowego, na którym uruchomiony jest serwer zarządzający vCenter, spowoduje krótkotrwałą przerwę Center z uwagi na czas potrzebny na uruchomienie Center na innym module serwerowym.

Względem zarzutu 3C – dotyczącego braku wyjaśnienia i odrzucenia oferty złożonej przez Sygnity S.A. z powodu braku podania oferowanego przełącznika FC oraz braku szafy rack. Zamawiający oddalił zarzut. Wskazał, że nie wymagał w zał. Nr 4 do SIWZ w pkt 2 i 3 podania producenta i modelu oferowanego przełącznika FC, a także w zał. Nr 4 do SIWZ pkt 3 podania producenta i modelu oferowanego przełącznika szafy rack. Oferowane elementy mają spełniać wymagania opisane w tabelach wymagań technicznych. Zamawiający również nie wymagał wyspecyfikowania czy oferowane przełączniki FC są wbudowane w macierz dyskową, czy też są to urządzenia niezależne.

Względem zarzutu 3D – nieodrzuconia oferty Sygnity S.A. pomimo braków takich samych jak w ofercie Wykonawcy Andra Sp. z o.o. Zamawiający oddalił zarzut. Wyjaśnił, że odrzucenie oferty Andry Sp. z o.o. nastąpiło ze względu na zaoferowanie oprogramowania MS Windows Serwer 2012 bez dodatkowego programowania zarządzającego. W efekcie zaoferowany produkt nie spełnia wszystkich wymagań podanych w zał. nr 4 do SIWZ pkt 5 tabela: „wymagania funkcjonalne” pkt 2 i 3. Brak dodatkowego oprogramowania wpływa na efektywne, elastyczne oraz zautomatyzowane zarządzanie, które jest ważne w tak rozbudowanym środowisku serwerowym. Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający zwrócił się do Andry Sp. z o.o., czy w swojej ofercie przewiduje dodatkowe oprogramowania. W odpowiedzi w/w firma potwierdziła zaoferowanie tylko systemu operacyjnego Microsoft Windows Serwer 2012 Datacenter. Oferta Andry Sp. z o.o. została odrzucona ze względu na brak wyżej wskazanego oprogramowania zarządzającego. Natomiast Sygnity S.A. w odpowiedzi na zapytanie, oświadczył, że w ofercie uwzględnił wymagane dla funkcjonalności systemu oprogramowanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w tym w szczególności zał. nr 3 do SIWZ oraz zał. nr 4 do SIWZ (aktualne po modyfikacji z dnia 12.08.2013 r.), informacją dot. SIWZ oraz załączników z dnia 30.07.2013 r., odpowiedziami na pytania – pismo z dnia 12.08.2013 r. oraz 26.08.2013 r., ofertą WASCO S.A. oraz Sygnity S.A., wnioskiem o wgląd z dnia 10.09.2013 r., wezwaniem

WASCO S.A. z dnia 16.09.2013 r. w zakresie podstaw do zastrzeżenia części jej oferty, wyjaśnieniami z dnia 17.09.2013 r., wezwaniem do wyjaśnień treści ofert Sygnity S.A. i Andra Sp. z o.o. – oba z dnia 17.09.2013 r., protokołem Komisji Przetargowej z dnia 17.09.2013 r., wyjaśnieniami Sygnity S.A. z dnia 19.09.2013 r. oraz Andry Sp. z o.o. także z dnia 19.09.2013 r., protokołem Komisji Przetargowej z dnia 23.09.2013 r., wnioskiem o wgląd z dnia 25.09.2013 r. wystosowanym przez Odwołującego, odpowiedzią Zamawiającego z dnia 25.09.2013 r., adnotacją o wglądzie w dniu 01.10.2013 r., wezwaniem Zamawiającego z dnia 27.09.2013 r. o przedłożenie formularza ofertowego po aukcji elektronicznej względem WASCO S.A., pismem WASCO S.A. z dnia 01.10.2013 r. złożonym wraz z ponowionym formularzem ofertowym po aukcji elektronicznej, niniejszym zastrzeżonym również formularzem ofertowym, pismem Odwołującego z dnia 01.10.2013 r. w zakresie niezgodnego z prawem zastrzeżenia jawności części oferty WASCO S.A., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 02.10.2013 r., wnioskiem o wgląd z dnia 03.10.2013 r., adnotacją o wglądzie z dnia 04.10.2013 r., odwołaniem, przystąpieniami, pismem procesowym Przystępującego z dnia 18.10.2013 r. oraz z 28.10.2013 r., odpowiedzią na odwołanie, pismem procesowym Przystępującego z dnia 24.10.2013 r. oraz ekspertyzą Politechniki Śląskiej z dnia 22.10.2013 r. (wraz z prośbą o nią z dnia 20.10.2013 r.) /stanowiącymi tajemnice przedsiębiorstwa – w pierwszym wypadku fragment ze str. 3, ostatnie zdanie akapitu pod lit. c/ złożonymi na rozprawie przez Przystępującego, korespondencją Odwołującego z Zamawiającym prowadzona w dniu 25.10.2013 r. /w sprawie udostępnienia utajnionej części oferty WASKO S.A., po uznaniu w odpowiedzi na odwołanie bezzasadności tego utajnienia), korespondencją e-mailową Odwołującego z VMware Inc, wydrukiem karty produktu VMware Center Server Heartbeat w oryginale wraz z tłumaczeniem na język polski, wydrukiem karty katalogowej EMC Symmetrix VMax 10 K w oryginale wraz z tłumaczeniem na język polski, wydrukiem ze strony internetowej parametrów technicznych – PowerVault MD 1200 złożonymi na rozprawie przez Odwołującego, po wysłuchaniu oświadczenia, jak i stanowiska stron oraz Przystępującego (WASCO S.A., drugi nieobecny) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutu. W przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, oferta Przystępującego oraz Sygnity S.A. będzie podlegała odrzuceniu, co skutkowałoby nie ważnością przeprowadzonej aukcji elektronicznej i wyborem oferty najkorzystniejszej bez jej

przeprowadzania, w konsekwencji Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Względem wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 182 ust. 3 Pzp, Izba oddaliła powyższy wniosek. W pierwszym zakresie (co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) podnosząc, że w piśmie wyznaczającym termin na wgląd do jawnej części ofert na dzień 30.09.2013 r. Zamawiający nie określił wprost jaką część ofert uznaje za zastrzeżoną. W konsekwencji dopiero w dniu 01.10.2013 r. Odwołujący miał możliwość powzięcia faktycznej informacji w tym zakresie. Odnośnie kwestii drugiej (zarzuty wobec oferty Sygnity S.A.), Izba nie przeczy brzmieniu przepisu przywołanego przez Przystępującego, jednakże stosowna informacja, będąca podstawą do wniesienia środka ochrony prawnej, winna pochodzić od Zamawiającego, nie zaś zostać pobrana z portalu UZP. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że możliwość zapoznania się z treścią złożonych ofert Odwołujący uzyskał dopiero w dniu 01.10.2013 r. – nie należy więc tych okoliczności traktować rozłącznie. Nie bez znaczenia pozostaje także kwestia tego rodzaju, że w dniu 01.10.2013 r. Przystępujący uzasadniał zastrzeżenie informacji dotyczących formularza złożonego po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Mimo bowiem, oczywistej okoliczności, że nie dotyczyło to formularza złożonego przed przeprowadzeniem aukcji (a ten ostatni jest objęty odwołaniem), niewątpliwie także stanowi przejaw kompleksowego badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, tym bardziej wobec zbieżności treści obu formularzy.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2398/13, postanowień SIWZ, w tym w szczególności zał. nr 3 do SIWZ oraz zał. nr 4 do SIWZ (aktualne po modyfikacji z dnia 12.08.2013 r.), informacji dot. SIWZ oraz załączników z dnia 30.07.2013 r., odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 12.08.2013 r. oraz 26.08.2013 r., oferty WASCO S.A. oraz Sygnity S.A., wniosku o wgląd z dnia 10.09.2013 r., wezwania WASCO S.A. z dnia 16.09.2013 r. w zakresie podstaw do zastrzeżenia części jej oferty, wyjaśnień z dnia 17.09.2013 r., wezwania do wyjaśnień treści ofert Sygnity S.A. i Andra Sp. z o.o. – oba z dnia 17.09.2013 r., protokołu Komisji Przetargowej z dnia 17.09.2013 r., wyjaśnień Sygnity S.A. z dnia 19.09.2013 r. oraz Andry Sp. z o.o. także z dnia 19.09.2013 r., protokołu Komisji Przetargowej z dnia 23.09.2013 r., wniosku o wgląd z dnia 25.09.2013 r. wystosowanego przez Odwołującego, odpowiedzi Zamawiającego z dnia 25.09.2013 r., adnotacji o wglądzie w dniu 01.10.2013 r., wezwania Zamawiającego z dnia 27.09.2013 r. o przedłożenie formularza ofertowego po aukcji elektronicznej względem WASCO S.A., pisma WASCO S.A. z dnia 01.10.2013 r. złożonym wraz z ponownym

formularzem ofertowym po aukcji elektronicznej, niniejszego zastrzeżonego również formularza ofertowego, pisma Odwołującego z dnia 01.10.2013 r. w zakresie niezgodnego z prawem zastrzeżenia jawności części oferty WASCO S.A., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 02.10.2013 r., wniosku o wgląd z dnia 03.10.2013 r., adnotacji o wglądzie z dnia 04.10.2013 r., odwołania, przystąpienia, pisma procesowego Przystępującego z dnia 18.10.2013 r. oraz z 28.10.2013 r., odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego z dnia 24.10.2013 r. oraz ekspertyzy Politechniki Śląskiej z dnia 22.10.2013 r. (wraz z prośbą o nią z dnia 20.10.2013 r.) /stanowiącymi tajemnice przedsiębiorstwa – w pierwszym wypadku fragment ze str. 3, ostatnie zdanie akapitu pod lit. c/ złożonymi na rozprawie przez Przystępującego, korespondencji Odwołującego z Zamawiającym prowadzonej w dniu 25.10.2013 r. /w sprawie udostępnienia utajnionej części oferty WASKO S.A., po uznaniu w odpowiedzi na odwołanie bezzasadności tego utajnienia), korespondencji e-mailowej Odwołującego z VMware Inc, wydruku karty produktu VMware Center Server Heartbeat w oryginale wraz z tłumaczeniem na język polski, wydruku karty katalogowej EMC Symmetrix VMax 10 K w oryginale wraz z tłumaczeniem na język polski, jak i wydruku ze strony internetowej parametrów technicznych – PowerVault MD 1200 złożonymi na rozprawie przez Odwołującego.

Względem pisma procesowego Przystępującego z dnia 24.10.2013 r. oraz ekspertyzy Politechniki Śląskiej z dnia 22.10.2013 r. (wraz z prośbą o nią z dnia 20.10.2013 r.) /stanowiącymi tajemnice przedsiębiorstwa – w pierwszym wypadku fragment ze str. 3, ostatnie zdanie akapitu pod lit. c/ złożonymi na rozprawie przez Przystępującego w trybie § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232), Izba dopuściła jako dowód w sprawie, choć fragment zastrzeżony oraz ekspertyza co do istoty nie mają one znaczenia dla przedmiotu sporu, bowiem nie było zarzutów w odwołaniu wobec oferty WASCO S.A. w zakresie zgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Izba dalsze stanowisko w zakresie braku tych zarzutów przedstawi w dalszej części uzasadnienia. Do pozostałych dowodów Izba odniesie się w dalszej części uzasadnienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego (WASCO S.A., drugi nieobecny) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie zarzutów zawartych w odwołaniu:

Informacje istotne dla przedmiotu zamówienia zawiera zał. nr 3 i 4 do SIWZ. Zał. nr 3 do SIWZ zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (str. od 1 do 18) o charakterze koncepcyjnym. Z kolei zał. nr 4 do SIWZ (str. od 1-31) – to formularz cenowy – specyfikacji technicznej, który wypełniony i podpisany należało złożyć wraz z ofertą. W ust. 4 System backupu dyskowego – str. 19-23 zał. nr 4. W ust. 5 Oprogramowanie do zarządzania zasobami IT (str. od 32-38). W ust.1 pkt 1.4 System wirtualizacji (str. 7-10). W ust. 2 Macierz dyskowa podstawowa w PCPD i 3 Macierz dyskowa podstawowa w ZCPD przełączniki FC (str. 11 oraz 15) oraz szafa rack (str. 16). Nadto, wskazano wprost szafę rack w ust.1 pkt 1.3 (str. 6-7).

W ramach oferty WASCO S.A. zastrzegło formularz cenowy – specyfikacji technicznej, stanowiący wypełniony i podpisany załącznik nr 4 do SIWZ (a zarazem będącego załącznikiem nr 3 oferty WASKO S.A.). Odwołujący złożył pierwszy wniosek o wgląd w dniu 10.09.2013 r. Zamawiający wezwał WASCO S.A. – pismo z dnia 16.09.2013 r. do wyjaśnień w zakresie podstaw do zastrzeżenia części jej oferty. Stosowne wyjaśnienia zostały przekazane w ramach pisma z dnia 17.09.2013 r. Kolejny wniosku o wgląd miał miejsce ze strony Odwołującego w dniu 25.09.2013 r. Odpowiedź Zamawiającego miała miejsce w dniu 25.09.2013 r. stwierdzała, że wgląd będzie możliwy 30.09.2013 r. od godz. 9:00 do jawnych części ofert. Zgodnie z adnotacją – wgląd miał miejsce w dniu 01.10.2013 r. W dniu 27.09.2013 r. Zamawiający wezwał o przedłożenie formularza ofertowego po aukcji elektronicznej względem WASCO S.A. Pismo WASCO S.A. zostało złożone w dniu 01.10.2013 r. wraz z ponowionym formularzem ofertowym po aukcji elektronicznej zawierało także ponowne zastrzeżenie formularza ofertowego w analogicznej części, jak poprzednio. Pismem Odwołującego z dnia 01.10.2013 r. dotyczyło z kolei niezgodnego z prawem zastrzeżenia jawności części oferty WASCO S.A. Kolejny wniosek o wgląd miał miejsce pismem z dnia 03.10.2013 r. Zgodnie z adnotacją wgląd miał miejsce w dniu 04.10.2013 r.

Oferta Sygnity S.A. zawierała obowiązkowy wypełniony i jawny zał. nr 4 do SIWZ (str. od 9-39 oferty). W ust. 4 System backupu dyskowego – str. 27-31 oferty. W ust. 5 Oprogramowanie do zarządzania zasobami IT (str. od 32-38 oferty). W ust.1 pkt 1.4 System wirtualizacji (str. 15-19 oferty). W ust. 2 Macierz dyskowa podstawowa w PCPD i 3 Macierz dyskowa podstawowa w ZCPD przełączniki FC (str. 19 oraz 23 oferty) oraz szafa rack (str. 24 oferty). Nadto, wskazano wprost szafę rack w ust.1 pkt 1.3 (str. 14-15 oferty). Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień treści ofert Sygnity S.A. i Andra Sp. z o.o. – oba były z dnia 17.09.2013 r. Powyższe potwierdza także protokół Komisji Przetargowej z dnia 17.09.2013 r. Wyjaśnień Sygnity S.A. miały miejsca w dniu 19.09.2013 r., a Andry Sp. z o.o. także w dnia

19.09.2013 r. Protokołu Komisji Przetargowej z dnia 23.09.2013 r. powyższe potwierdza, jak i określa stanowisko Zamawiającego odnośnie treści obu wyjaśnień i ich skutek co do treści ich ofert.

Nadto Izba przywołuje postanowienia SIWZ przywołane przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na odwołanie dotyczące tak zał. nr 3 do SIWZ oraz zał. nr 4 do SIWZ. Przywołane w ramach odpowiedzi na odwołanie rysunki (będące jej częścią) bazujące na zał. nr 4 do SIWZ, w ocenie Izby także oddają istotę argumentacji Zamawiającego oraz okoliczności, które Izba uznała za potwierdzone w toku rozpoznania zarzutów dotyczących oferty Sygnity S.A. W zakresie zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego, a który w ocenie Izby się nie potwierdził ważne jest postanowienie nr 49 ust.1 pkt 1.4 (str. 18-19 zał. nr 4 do SIWZ oraz 18-19 oferty).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia pełnej treści oferty WASKO S.A. oraz odmowę udostępnienia Wykonawcy treści tych ofert w zakresie zał. nr 3 do formularza ofertowego, przygotowanego na podstawie zał. nr 4 do SIWZ, tudzież art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że zał. nr 3 do formularza ofertowego firmy WASKO S-A. może być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała ww. zarzuty za potwierdzone.

W ocenie Izby, zał. nr 4 do SIWZ, który w przeważającej części stworzony przez Zamawiającego i był w dyspozycji wszystkich uczestników postępowania nie może mieć przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczność, że pewne jego elementy wymagają wypełnienia poprzez podanie producenta i modelu urządzenia, tudzież producenta, nazwy, wersji oprogramowania nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania jego twórczego, koncepcyjnego charakteru. Przystępujący podnosił na rozprawie, że nie wymagał Zamawiający przedłożenia koncepcji systemu, z kolei z pisma procesowego Przystępującego z dnia 28.10.2013 r. wynika, że za taką koncepcję uznawał zał. nr 3 do SIWZ. Naturalnie „dopasowanie” zaoferowanego asortymentu do wymagań Zamawiającego ma pewien rodzaj pracy koncepcyjnej, ale w ocenie Izby, w tym stanie faktycznym, jest on niewystarczający do uznania zaistnienia podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Sama możliwość zaoferowania różnego asortymentu spełniającego

wymogi Zamawiającego to za mało. Izba w tym zakresie kierowała się wyrokiem KIO z dnia 07.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1239/13 uznając niniejszy za adekwatny do przedmiotowego stanu faktycznego.

Odnosnie przywołanych przez Odwołującego na rozprawie działań Zamawiającego (korespondencja Odwołującego z Zamawiającym prowadzona w dniu 25.10.2013 r. /w sprawie udostępnienia utajnionej części oferty WASKO S.A., po uznaniu w odpowiedzi na odwołanie bezzasadności tego utajnienia), który mimo formalnego uwzględnienia niniejszego zarzutu nie udostępnił oferty WASKO S.A. z jej zastrzeżonej części. Koniecznym jest wskazanie, że Zamawiający miał prawo do czasu wydania wyroku przez KIO nie udostępniać oferty WASKO S.A. w części zastrzeżonej, biorąc pod uwagę daleko idące konsekwencje odtajnienia zastrzeżonej części.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie względem oferty WASKO S.A., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała ww. zarzut za niepotwierdzony. Odwołujący nie udowodnił zaistnienia przesłanek do uznania bezzasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jako czynu nieuczciwej konkurencji.

W przypadku bezpodstawnego zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa i stwierdzenia, że informacje objęte zastrzeżeniem nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający powinien uznać zastrzeżenie za bezskuteczne i ofertę w tym zakresie odtajnić. Zamawiający nie ma prawa na tej podstawie odrzucić oferty wykonawcy (SN w uchwale z 21.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05). Wynika to z tego, że nawet negatywna weryfikacja prawdziwości stanowiska wykonawcy w przedmiocie statusu zastrzeżonych informacji nie powoduje per se spełnienia się przesłanek odrzucenia oferty określonych w art. 89 ust. 1 Pzp. W szczególności, niedozwolone jest w przypadku nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę traktowanie jego oferty jako niezgodnej z ustawą, co stanowiłoby przesłankę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, ani uznawanie tego zastrzeżenia jako czynu nieuczciwej konkurencji, co stanowiłoby przesłankę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. O spełnieniu tych przesłanek nie może bowiem świadczyć subiektywny stan wiedzy i świadomości wykonawcy co do charakteru zastrzeżonych informacji, ale obiektywne okoliczności świadczące odpowiednio o niezgodności oferty z ustawą lub o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odnosi się bowiem wyłącznie do sytuacji, w których złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (w szczególności polegający na uzgodnieniu przez konkurujących wykonawców treści swoich ofert) i nie

można tej przesłanki odnosić do innych okoliczności niedotyczących złożenia samej oferty, w tym do niedozwolonych czynności wykonawcy pozostających w związku ze złożeniem oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy WASKO S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba oddaliła ww. zarzut.

Po pierwsze, Izba za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z dnia 19.07.2012 r., sygn. akt. IV Ca 683/12 stwierdza, że wykluczenie w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji ma: „(...) zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i -zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. (...)”. Nadto: „(...) przy ocenie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie można pomijać istnienia w obrocie prawnym Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Nie ulega wątpliwości, że przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji”. Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od Zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy; nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd(..)”. „(...) celem regulacji

zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich wykonawców, którzy świadomie świadcząc nieprawdę wprowadzają w błąd Zamawiającego co do informacji mających znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania, nie jest natomiast takim celem eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy omyłkowo czy nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością - i których zamiarem nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Nie można zrównywać pozycji wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje wskutek błędu lub popełnił omyłkę w złożonej ofercie (jak wykonawcy w sprawie niniejszej) z pozycją wykonawcy, który świadomie zawarł w ofercie informacje nieprawdziwe z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Z całą pewnością nie było celem ustawodawcy wprowadzenie obowiązku automatycznego wykluczenia z postępowania każdego wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje - bez względu na przyczyny. (...)". Nadto, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) podnosi, że: *„(...) wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania.”*. W ocenie Izby, Wykonawca w tym zakresie nie wykazał powyższego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów dotyczących treści oferty Sygnity S.A., których uznanie skutkuje odrzuceniem jej oferty, czyli naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity S.A., z uwagi na to, że oferta tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, Izba uznaje wszystkie wyspecyfikowane w dalszej części zarzuty za niepotwierdzone.

Nadto, Izba stwierdza, że mimo zawarcia w odwołaniu sformułowania wskazującego, że niniejszy zarzut dotyczy także innych ofert, Odwołujący użył stwierdzenia: *„(...)ewentualnie innych ofert, których treść nie odpowiada treści SIWZ”*. Powyższe jest niewystarczającą podstawą do uznania, że niniejsze zarzuty dotyczą także oferty WASCO S.A. Odwołujący dopiero na rozprawie dokonał *de facto* sprecyzowania, że dotyczy to oferty Przystępującego, czyli dokonał niedopuszczalnego rozszerzenia odwołania, jak i zarzutu na ofertę WASCO S.A. (art. 192 ust. 7 Pzp). Argumentacje Odwołującego z rozprawy w tym zakresie, Izba uznała za nieprzekonywującą i raczej o charakterze polemicznym. Należy bowiem stwierdzić, że odwołanie wyraźnie precyzuje zarzuty wobec oferty WASCO S.A. i Sygnity S.A., działanie Odwołującego z rozprawy wyczerpuje w konsekwencji znamiona art.

192 ust. 7 Pzp.

Dodatkowo, Izba nie może nakazać, wnioskowanego na rozprawie, uznania za wiążące dla Zamawiającego rozstrzygnięcia zapadłego w niniejszym orzeczeniu względem oferty Sygnity S.A. także wobec oferty WASCO S.A. Każdorazowo Zamawiający, w tym zakresie musiałby dokonać samodzielnej oceny (w ramach powtórzonej czynności badania i oceny złożonych ofert), Izba nie miałaby podstaw do związania Zamawiającego w tym zakresie „swoim” wyrokiem. Nadto, przysługiwałby także środek ochrony prawnej, jak i prawo Przystępującego do obrony swojej oferty.

Względem braku interesu w podnoszeniu zarzutów wobec oferty Sygnity S.A. W pierwszej kolejności, Izba stwierdza, że nie uznaje możliwości rozpatrywania interesu we wnoszeniu odwołania w odniesieniu do poszczególnych zarzutów, w tym wypadku wobec zarzutów dotyczących oferty Sygnity S.A. Przywołując w tym zakresie wyrok KIO z dnia 05.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2911/12, sygn. akt: KIO 2914/12, sygn. akt: KIO 2915/12, sygn. akt: KIO 2917/12: *„(...) art. 179 ust. 1 ustawy stanowi przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania i jest badana przed rozpoznaniem zarzutów merytorycznych. Przesłanka ta nie stanowi o istnieniu interesu w podnoszeniu konkretnego zarzutu odwołania, ani o możliwości zaistnienia szkody w związku z konkretnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. W tym stanie rzeczy nie można podzielić argumentacji zamawiającego i przystępującego Infovide, że art. 179 ust. 1 ustawy daje podstawę prawną do oddalenia zarzutu. Przepis ten stanowi wyłącznie podstawę oddalenia odwołania w całości w sytuacji, gdy wobec żadnego z zarzucanych zamawiającemu naruszeń przez odwołującego nie da się przypisać jednoczesnego spełnienia przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia i poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez odwołującego. Inaczej mówiąc wystarczy jeden zarzut kumulujący interes i szkodę by odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu w całości. (...)”*. Po drugie, odnosząc się merytorycznie do stanowiska Przystępującego, Izba podziela generalnie argumentacje Odwołującego. Nie można zapomnieć, że oferta Sygnity S.A. nie była forlanie odrzucona, a z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie wynika jednoznacznie, że mimo zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej – nie brała w niej udziału. W konsekwencji mimo najdroższego charakteru zaoferowanej ceny, w interesie odwołującego było dążenie do jej wyeliminowania, gdyż skutkowałoby to zmniejszeniem uczestników biorących udział w postępowaniu przetargowym i w powiązaniu z zarzutami wobec oferty WASCO S.A. mogło skutkować zmniejszeniem liczby Wykonawców poniżej 3 co skutkowałoby nieważnością prowadzonej aukcji elektronicznej i automatycznym wyborem oferty najkorzystniejszej bez jej przeprowadzenia.

Odnosząc się generalnie do zarzutów dotyczących oferty Sygnity S.A. należy

podnieść, że zasadnie wskazywał Przystępujący na kwestie różnego poziomu szczegółowości wypełnienia zał. nr 4 do SIWZ w różnych jego fragmentach, jak i kwestie zasadniczą, tj. braku możliwości oparcia podstaw odrzucenia oferty Sygnity S.A. na tych jego elementach, a ściśle brakach, które SA brakami tylko w ocenie Odwołującego, gdyż nie wynikał obowiązek ich podania z postanowień SIWZ.

W ocenie Izby, problem wynikał z przyjętego przez Zamawiającego schematu zał. nr 4 do SIWZ, gdyż w jego ramach Zamawiający wymagał np. podania generalnego producenta, modelu systemu backupu dyskowego (str. 19 i 20 zał. nr 4 do SIWZ) spełniającego poniżej wyspecyfikowane wymagania minimalne raz np. podając ilość (str. 20 zał. nr 4 do SIWZ), a raz zostawiając możliwość jej wskazania (str. 19 zał. nr 4 do SIWZ). Podobnie wskazania producenta i modelu macierzy dyskowej zapasowej ZDPD „spełniający poniższe wymagania minimalne” (str. 15 zał. nr 4 do SIWZ), w tym zakresie przełączników FC, jak i szafy rack, tudzież producenta i modelu macierzy dyskowej podstawowej w PCPD „spełniające poniższe wymagania minimalne” (str. 11 zał. nr 4 do SIWZ), w tym zakresie przełączników FC. W konsekwencji nie wymagała za każdym razem podania producenta i modelu wszystkich modułów – odrębnych urządzeń, skoro ograniczył się do wymogu podania producenta i modelu urządzenia podstawowego, który miał spełniać podane poniżej wymagania, czyli tworzyć kompatybilną całość. Stanowisko Odwołującego, że należało podać nazwy – producenta i modelu – wszystkich modułów np. przełączników FC i szafy rack jest jedną z możliwych interpretacji postanowień SIWZ, choć w ocenie Izby, odwołanie do parametrów poniżej może prowadzić do wniosku, że całe przedstawione na rozprawie stanowisko to nadinterpretacja. Należy zwrócić uwagę, że w innym fragmencie zał. nr 4 do SIWZ, gdy Zamawiający wymagał podania producenta i modelu szafy rack (wprost na to wskazywał – str. 6 zał. nr 4 do SIWZ). W rezultacie Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego w zakresie przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, że nie było wymogu przedstawienia nazwy i ilości oprogramowania backupowego, tudzież nie było wymogu podania ilości systemów operacyjnych notabene – ilość była narzucona w ramach wymagania technicznego (str. 24 zał. nr 4 do SIWZ). Podobnie sytuacja miała miejsce względem przełączników FC i modelu szafy rack w kwestionowanych fragmentach zał. nr 4 do SIWZ.

Względem zarzutu, który uznała Zamawiający, Izba po analizie postanowień SIWZ i argumentacji z rozprawy zmuszona jest zanegować zasadność takiego działania. Należy bowiem wskazać na przyjęty poziom szczegółowości ust.1 pkt 1.4 system wirtualizacji – producent, nazwa, wersja (str. 7 zał. nr 4 do SIWZ). Izba nie neguje, że przedmiotowo owa dodatkowa licencja jest wymagana i stanowi oddzielny licencjonowany produkt, ale przyjęcie, że wskazanie takie jak miało miejsce jest niewystarczające w ofercie Sygnity S.A.

i skutkuje nie zaoferowaniem owej dodatkowej licencji jest niczym nieuzasadnione. Biorąc bowiem pod uwagę zapis: „spełniający poniższe wymagania minimalne” w tym kwestie wymogu 49. Można równie dobrze przyjąć, że Wykonawca nie wymienił, jej z nazwy, gdyż uznał, że miał podać produkt podstawowy, zaś licencje dodatkową i tak musi zapewnić dla spełnienia wymogu 49. Izba wskazuje, że ewentualne wezwanie do wyjaśnień, w tym zakresie, mogło skutkować taką właśnie odpowiedzią, na takiej samej zasadzie jak wyjaśnienia udzielone przez Sygnity S.A. w innej kwestii. Wskazanie bowiem z nazwy nie stanowiłoby rozszerzenia przedmiotu zamówienia, oferty, lecz wyjaśnienie sensu stricte – wobec takiej, a nie innej konstrukcji zał. nr 4 i sformułowania: „spełniający poniższe wymagania minimalne”. Taka sytuacja miała miejsce w zakresie zarzutu dotyczącego barku wskazania dodatkowego oprogramowania zarządzającego, Zamawiający uznał, że wyjaśnienia potwierdziły, to co jest zaoferowane i zagwarantowane w ofercie, z uwagi na przyjętą konstrukcję zał. nr 4 do SIWZ. W ocenie Izby, Odwołujący błędnie założył, że jego sposób wypełnienia zał. nr 4 do SIWZ jest jedynym możliwym i zbagatelizował oczywiste i jednoznaczne postanowienia SIWZ, skutkujące tym, że jego sposób wypełnienia zał. nr 4 do SIWZ jest szerszy niż było to konieczne. Niewątpliwie zbrakło w tym zakresie pytań ze strony Odwołującego.

Odnosnie dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego (korespondencji e-mailową Odwołującego z VMware Inc, wydruku karty produktu VMware Center Server Heartbeat w oryginale wraz z tłumaczeniem na język polski, wydruku karty katalogowej EMC Symmetrix VMax 10 K w oryginale wraz z tłumaczeniem na język polski oraz wydruku ze strony internetowej parametrów technicznych – PowerVault MD 1200), to są one bez znaczenia dla przedmiotu sporu – tzn. zarzutów wobec oferty Sygnity S.A., gdyż de facto przedmiotem sporu jest wymagany sposób szczegółowości wypełnienia zał. nr 4 do SIWZ, w ramach którego miały być zapewnione określone funkcjonalności.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie w jakim oferta firmy Andra Sp. z o.o. została odrzucona, podczas gdy oferta Sygnity S.A. zawiera te same braki oferty, a dodatkowo dalsze uchybienia wskazujące, iż treść oferty Sygnity S.A. nie odpowiada treści SIWZ, Izba oddaliła niniejszy zarzut.

W tym zakresie, Izba przywołuje stanowisko przedstawione przy rozpatrywaniu poprzedniego zarzutu. Przy czym, Izba podziela dodatkowo stanowisko Zamawiającego z rozprawy, że wyjaśnienia udzielone przez Sygnity S.A. były pełniejsze i od wyjaśnień

Andra Sp. z o.o., wszelkie więc konsekwencje z tego wynikające ponosi dany Wykonawca. Mimo bowiem, takich a nie innej treści zał. nr 4 do SIWZ Zamawiający ma prawo poznać, co zostało zaoferowane w zakresie rzeczywistej realizacji postawionych wymogów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust 1 Pzp - poprzez niezgodne z Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, Izba uznała niniejszy zarzut za potwierdzony.

Jednocześnie wobec, uznania, że Zamawiający nieprawidłowo zweryfikował zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa u Przystępującego, czym naruszył art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp, tudzież art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem zasady jawności postępowania określonej w art. 8 ust.1 Pzp, w tej sytuacji konieczne stało się zadośćuczynienie żądaniu odwołania i nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji wobec uwzględnienia odwołania w zakresie wskazanym powyżej, Izba uznała także za potwierdzony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty pozostałych wykonawców, w których załącznik do formularza ofertowego przygotowany na podstawie zał. nr 4 do SIWZ jest dokumentem jawnym.

Odnośnie art. 192 ust. 2 Pzp. Izba stwierdza za wyrokiem KIO z dnia 05.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2911/12, sygn. akt: KIO 2914/12, sygn. akt: KIO 2915/12, sygn. akt: KIO 2917/12: „(...) *O kompetencjach Izby w ramach poszczególnych zarzutów odwołania stanowi art. 192 ustawy, a co do oddalenia zarzutu – art. 192 ust. 2 ustawy pozwalający na oddalenie odwołania, gdy stwierdzone naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy nie ma wpływu lub nie może istotnego wpływu na wynik postępowania, ale również art. 192 ustawy odnosi się do odwołania jako całości, stąd w sytuacji gdy potwierdza się wyłącznie jeden zarzut odwołania, odwołanie należy uwzględnić, o ile nie zachodzi okoliczność przewidziana w art. 192 ust. 2 ustawy.(...)*”. Przedmiotowe odwołanie zostało uwzględnione, gdyż wobec braku możliwości weryfikacji treści oferty WASCO S.A. trudno jest uznać, że jej odtajnienie nie ma lub nie może mieć żadnego wpływu na wynik. Jednocześnie wobec braku na tym etapie skutecznych zarzutów wobec oferty WASCO S.A., których konsekwencją

byłoby jej odrzucenie , jak i wobec oddalenia zarzutów względem oferty Sygnity S.A., Izba nie nakazywała unieważnienia aukcji elektronicznej.

Na marginesie, Izba wyjaśnia, że nie nakazywała udostępnienia formularza przedłożonego przez WASCO S.A. po aukcji elektronicznej, jako nie objętego zakresem odwołania. Przy czym, w jego wypadku Zamawiający winien wziąć pod uwagę, na zasadzie analogii, zbieżność treści obu formularzy, tj. Formularza cenowego – specyfikacji technicznej, stanowiącego wypełniony i podpisany załącznik nr 4 do SIWZ (a zarazem będącego załącznikiem nr 3 oferty WASKO S.A.) oraz formularza przedłożonego po aukcji. Jedyna różnica wynika z przeprowadzonej akcji elektronicznej.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....