

Sygn. akt: KIO 2023/16

**WYROK**

**z dnia 8 listopada 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2016 r. przez **Arkcom PS Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Złotokłosie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Biuro Ochrony Rządu**, przy udziale wykonawcy **BIT S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Arkcom PS Sp. z o.o. Sp.k. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Biuro Ochrony Rządu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa pojazdu specjalnego RSK*.

W dniu 24 października 2016 r. wykonawca Arkom PS Sp. z o.o. Sp. k. wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Bit S.A. i zaniechania odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z SIWZ, jak również wobec zaniechania ujawnienia wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej przez ww. wykonawcę. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty Bit S.A. z treścią SIWZ w zakresie rejestratora KSRC 308 Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 1a do SIWZ *Parametry techniczne pojazdu specjalnego RSK*, w części II *Zabudowa i wyposażenie specjalistyczne* w pkt 5.1 Zamawiający wymagał dostarczenia następującego urządzenia:

*Rejestrator korespondencji skonfigurowany i umożliwiający jednoczesną rejestrację korespondencji i parametrów z pkt. 5.2 dla n/wym. urządzeń końcowych:*

- *korespondencji z ośmiu radiotelefonów Kenwood NX 700,*
- *korespondencji telefonicznej prowadzonej za pomocą zainstalowanej w pojeździe bramki GSM lub telefon biurkowego GSM (zgodnie z punktem 2.3.).*

W załączniku tym, który został przez każdego wykonawcę złożony wraz z ofertą, należało w kolumnie 5 wpisać wymagane przez Zamawiającego parametry i informacje. Dla poz. 5.1. Zamawiający żądał określenia, czy oferowane urządzenie spełnia wymagania SIWZ oraz podania typu oferowanego urządzenia. Wykonawca Bit zaoferował Zamawiającemu urządzenie TRX KSRC 308, które – zdaniem Odwołującego – nie spełnia wymaganych parametrów, to jest nie obsługuje jednoczesnej rejestracji korespondencji dla dziewięciu urządzeń wskazanych przez Zamawiającego w pkt 5.1, a pozwala na jednoczesną rejestrację tej korespondencji dla ośmiu urządzeń.

Odwołujący wskazał, że z protokołu z posiedzenia komisji przetargowej z 23 września 2016 r. wynika, że komisja powzięła wątpliwość, czy zaoferowany przez Bit rejestrator w pkt 5.1 załącznika nr 1a do SIWZ spełnia wymogi w zakresie jednoczesnej rejestracji korespondencji z dziewięciu urządzeń. W związku z tym Zamawiający skierował do

wykonawcy Bit wezwanie do wyjaśnień, wskazując, że z treści karty katalogowej zaoferowanego rejestratora wynika możliwość obsługi jednoczesnej korespondencji jedynie dla ośmiu, a nie dla dziewięciu urządzeń, jak wymagał Zamawiający. Pismem z 27 września 2016 r. (powtórzonym następnie z datą 6 października 2016 r., lecz treściowo tożsamym), Bit poinformował Zamawiającego, że zaoferowany rejestrator TRX KSRC 308 będzie wyposażony w dodatkową czterokanałową kartę linii analogowych wraz z licencją, co umożliwi rejestrację korespondencji z dziewięciu urządzeń jednocześnie. Wykonawca Bit wskazał też, że rejestrator spełniający wymagania Zamawiającego bez modułów rozszerzeń, to wyższy model tego samego producenta posiadający możliwość rejestracji aż 16 urządzeń. Dodatkowo Bit złożył wraz z wyjaśnieniami ofertę pochodzącą od producenta rejestratora z 22 września 2016, z której wynika jakie parametry ma rejestrator KSRC 308 oraz jakie są ceny dla rozbudowania go o kanały dodatkowe za pomocą dodatkowych urządzeń. Złożone wyjaśnienia zostały przez Zamawiającego uznane za wystarczające do stwierdzenia zgodności oferty tego wykonawcy z SIWZ.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Bit złożył ofertę niezgodną z SIWZ, a następnie podjął nieuprawnioną próbę zmiany oferty w celu doprowadzenia jej do zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Zaakceptowanie przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Bit i wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej stanowi o naruszeniu art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z oferty wykonawcy Bit wynika jednoznacznie zaoferowanie rejestratora KSRC 308, który nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie jednoczesnej rejestracji przynajmniej dziewięciu korespondencji. Jak sam Bit podał w wyjaśnienia, rejestratorem spełniającym wymogi Zamawiającego jest urządzenie KSRC 316, które posiada 16 kanałów do jednoczesnej rejestracji korespondencji. Wykonawca Bit próbował naprawić niezgodność oferty poprzez twierdzenie, że zaoferowany rejestrator będzie wyposażony w dodatkowe urządzenia poszerzające jego możliwości w zakresie jednoczesnej rejestracji korespondencji, jednakże nic takiego nie wynika z żadnego dokumentu, który został złożony wraz z ofertą. Zatem wyjaśnienia złożone przez Bit, a zaakceptowane przez Zamawiającego są sprzeczną z art. 87 ust. 1 próbą zmiany przedmiotu oferty. Zamawiający z oferty nie może w żaden sposób wywieść, że zaoferowane mu zostało urządzenie zgodne z SIWZ o wymaganych parametrach. Dopiero na etapie wyjaśnienia treści oferty, które w istocie takimi wyjaśnieniami nie są, dowiaduje się, że oprócz podstawowego urządzenia KSRC 308 otrzyma jeszcze jakieś rozszerzenie, a także licencję.

Odwołujący podniósł również, że wykonawca Bit załączył do wyjaśnień ofertę od producenta urządzenia, datowaną na 22.09.2016 r., podczas gdy termin składania ofert upłynął w dniu 5 września 2016 r. Oznacza to, że na dzień złożenia oferty Zamawiającemu

Bit nie dysponował ofertą pochodzącą od producenta, a to z kolei dodatkowo potwierdza argumentację, że na dzień składania oferty miała ona za przedmiot urządzenie KSRC 308 bez żadnych dodatkowych modułów czy rozszerzeń.

Odwołujący stwierdził, że akceptacja przez Zamawiającego zmiany oferty po upływie terminu na jej złożenie, jest nie do pogodzenia z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tym samym należało uznać, że oferta złożona pierwotnie w przedmiotowym aspekcie nie odpowiada treści SIWZ, a ponadto wskazał, że o zgodności oferty z SIWZ nie może przesądzać złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia w tej materii.

W zakresie zarzutu niezgodności oferowanego komputera z treścią SIWZ Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 1a do SIWZ *Parametry techniczne pojazdu specjalnego RSK*, w części II *Zabudowa i wyposażenie specjalistyczne* w pkt 2.1. Zamawiający wymagał dostarczenia komputera, stanowiącego wyposażenie przedziału operatorskiego, o określonych parametrach, w tym Zamawiający wymagał, by w dostarczonym komputerze występował port DVI-I. Wykonawca Bit zaoferował komputer EDH170N-GA-WIFI-FL-i7, który nie posiada portu DVI-I. Ta kwestia również była przedmiotem wyjaśnień, bowiem Zamawiający po zapoznaniu się z kartą katalogową komputera stwierdził, że posiada on port DVI-D zamiast wymaganego portu DVI-I. Wykonawca Bit w pismach z 27 września 2016 r. i 6 października 2016 r. wyjaśnił, że po otrzymaniu wezwania zwrócił się do producenta o wyjaśnienie specyfikacji oferowanego komputera. Już samo to wytłumaczenie świadczy – zdaniem Odwołującego – o tym, że Bit w istocie nie wiedział jaki komputer i z jakim wyposażeniem oferuje. Wykonawca Bit powołał się też na odpowiedź producenta, która nie została jednak do wyjaśnień dołączona. Natomiast dołączono kartę katalogową, która została sporządzona po upływie terminu na złożenie oferty, na skutek wezwania Bit do wyjaśnień. Ze specyfikacji technicznej dostępnej na stronie producenta wynika bowiem ewidentnie, że komputer zaoferowany Zamawiającemu ma wyłącznie port DVI-D, który może wyłącznie przesyłać sygnał cyfrowy, podczas gdy złącze DVI-I posiada możliwość przesyłania sygnału analogowego.

Podtrzymując argumentację przedstawioną w odniesieniu do zarzutu dotyczącego rejestratora KSRC 308 Odwołujący podniósł, że jeśli istnieje możliwość modyfikowania oferowanego komputera, to informacja o stosownej modyfikacji powinna znaleźć się w ofercie. W przeciwnym razie mamy do czynienia z produktem standardowym, który wg informacji producenta zamieszczonej na stronie internetowej, ma jedynie złącze DVI-D, a zatem nie spełnia wymagań SIWZ. Zdaniem Odwołującego także w tym przypadku doszło do nieuprawnionej zmiany oferty, która to czynność została przez Zamawiającego zaakceptowana z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający dopuścił się też naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem powinien uznać, że wyjaśnienia

złożone przez Bit nie są skuteczne, w tym znaczeniu, że nie mogą prowadzić do zmiany pierwotnie zaoferowanego asortymentu, a w konsekwencji komputer przedstawiony w ofercie nie jest zgodny z treścią SIWZ, co oznacza konieczność odrzucenia oferty.

W odniesieniu do zarzut zaniechania ujawnienia złożonych przez Bit wyjaśnień dotyczących ceny oraz uzasadnienia przedstawionego dla utajnienia tych wyjaśnień Odwołujący podniósł, że niezasadne jest żądanie objęcia tajemnicą całych dokumentów, ponieważ rzadko zdarza się by cała treść danego dokumentu lub dokumentów zawierała tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien zweryfikować, czy żądanie ze strony wykonawcy ma uzasadnione podstawy i w stosunku, do których informacji. W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał rzetelnej oceny zarówno składników wyjaśnień dotyczących ceny, jak uzasadnienia objęcia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego brak ujawnienia przynajmniej części dokumentacji złożonej w związku z wyjaśnieniami ceny, jak i brak ujawnienia uzasadnienia dla zastrzeżenia tych informacji, stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że z całości pisma wykonawcy Bit z 10 października 2016 r., będącego odpowiedzią na wezwanie do wyjaśnień ceny oferty, otrzymał wyłącznie pierwszą stronę, która, jak Odwołujący mniema, zawiera tylko część uzasadnienia dla zastrzeżenia wyjaśnień. Gdyby jednak się okazało, że wykonawca Bit poza uzasadnieniem zawartym na pierwszej stronie tego pisma, nie złożył dalszych motywów objęcia wyjaśnień tajemnicą, wówczas należy uznać, że nie ma żadnych podstaw do utrzymania tajności wyjaśnień, nawet bez oceny merytorycznej, czy w ogóle mogą one stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wynikałoby to z tego, że obowiązkiem podmiotu zastrzegającego tajność informacji jest wykazanie, że podlegają one ochronie, a pierwsza strona pisma Bit nie zawiera wystarczającego uzasadnienia dla udzielenia ochrony dokumentom złożonym wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny. Podobnie, gdyby w efekcie weryfikacji dokonanej przez Izbę okazało się, że dalsza argumentacja Bit w piśmie z 10 października 2016 r. jest podobna do tej występującej na stronie pierwszej, tzn. ogranicza się do przywołania orzecznictwa zamiast odnosić się do konkretnej sytuacji wykonawcy Bit i przytaczać choćby podjęte przez tego wykonawcę środki ochrony zastrzeganej informacji, wówczas również należałoby uznać, że tak samo uzasadnienie dla objęcia tajemnicą, jak i wyjaśnienia ceny podlegają odtajnieniu i udostępnieniu Odwołującemu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty BIT S.A., ujawnienia wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej przez ww. wykonawcę i uzasadnienia objęcia tych wyjaśnień tajemnicą, dokonania ponownego badania i oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca BIT S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 27 lipca 2016 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych sprzed zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów dotyczących niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 3 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) ppkt 1, przedmiotem zamówienia jest dostawa pojazdu specjalnego RSK o parametrach technicznych i wymaganiach określonych w załącznikach nr 1a oraz 4 do niniejszej SIWZ. W punkcie 6 SIWZ (Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu) ppkt 3 Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda dokumentu homologacyjnego dla oferowanego typu samochodu przeznaczonego dla Zamawiającego (np.: świadectwo homologacji typu pojazdu, wyciąg ze świadectwa homologacji, świadectwo zgodności WE itp.). Zamawiający nie żądał dokumentów na potwierdzenie spełniania wymagań SIWZ przez ofertowany komputer oraz rejestrator korespondencji. Zgodnie z punktem 10 SIWZ (Opis sposobu przygotowania oferty) ppkt 1 Zamawiający podał, że oferta powinna być przygotowana zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 oraz nr 1a do niniejszej SIWZ. W załączniku nr 1a do SIWZ (Parametry techniczne pojazdu specjalnego RSK) w części II tabeli (Zabudowa i wyposażenie specjalistyczne) pkt 2 (Wyposażenie przedziału operatorskiego) ppkt 2.1 Zamawiający podał, że wymaga komputera o określonych w tym podpunkcie parametrach, w tym posiadającego m.in. port DVI-I. W punkcie 5 (Rejestracja korespondencji) ppkt 5.1 Zamawiający wymagał rejestratora

korespondencji skonfigurowanego i umożliwiającego jednoczesną rejestrację korespondencji i parametrów z pkt. 5.2 dla n/wym. urządzeń końcowych:

- korespondencji z ośmiu radiotelefonów Kenwood NX 700,
- korespondencji telefonicznej prowadzonej za pomocą zainstalowanej w pojeździe bramki GSM lub telefon biurkowego GSM (zgodnie z punktem 2.3).

W kolumnie 4 tabeli Zamawiający podał informacje jakie powinny być zawarte w kolumnie 5: *Wpisać tak (gdy spełnia) lub nie (gdy nie spełnia wymagań SIWZ) – podać typ sprzętu.*

Przystępujący załączył do oferty wypełniony załącznik nr 1a do SIWZ, w którym w odniesieniu do parametrów komputera wpisał: *Tak – EDH170N-Ga-WIFI-FL-i7*, natomiast w odniesieniu do korespondencji wpisał: *Tak – TRX KSRC 308*.

Pismem z 23 września 2016 r. Zamawiający wezwał Przystępującego – na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – do wyjaśnienia treści oferty. W odniesieniu do komputera Zamawiający podał: *Wykonawca w kolumnie nr 5 załącznika nr 1a zaoferował komputer EDH170N-Ga-WIFI-FL-i7. Zamawiający po przeanalizowaniu karty katalogowej proponowanego komputera stwierdził, że zawiera on port DVI-D zamiast wymaganego DVI-I. Proszę o wyjaśnienie czy oferowany przez Państwa komputer EDH170N-Ga-WIFI-FL-i7 posiada port DVI-I. W odniesieniu do rejestratora korespondencji Zamawiający podał: Wykonawca w kolumnie nr 5 załącznika nr 1a zaoferował rejestrator TRX KSRC 3082U. Zamawiający po przeanalizowaniu karty katalogowej proponowanego rejestratora stwierdził, że posiada on możliwość jednoczesnej rejestracji korespondencji z 8 urządzeń. Proszę o wyjaśnienie czy oferowany przez Państwa rejestrator ma możliwość jednoczesnej rejestracji korespondencji z 9 urządzeń.*

Pismem z dnia 27 września 2016 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień. W zakresie parametrów komputera wskazał, że *zwrócił się o wyjaśnienie specyfikacji oferowanego komputera do producenta. Z odpowiedzi jaką uzyskał wynika, iż komputery znajdujące się w jego ofercie pod tą samą nazwą handlową mogą nieznacznie różnić się parametrami. Celem wykazania spełnienia wszystkich wymogów zawartych w części II pkt 2 ppkt 2.1 Wykonawca załącza kartę katalogową komputera EDH170N-Ga-WIFI-FL-i7 jaką otrzymał od producenta. Wykonawca wyjaśnia, iż proponowany przez niego komputer spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w: część II pkt 2 ppkt 2.1 załącznika nr 1a do SIWZ i posiada wbudowany port DVI-I.* Przystępujący załączył do wyjaśnień specyfikację techniczną komputera, z której wynika, że komputer jest wyposażony w port DVI-I.

W zakresie rejestratora Przystępujący wyjaśnił: *Zawracamy uwagę, iż w ofercie Wykonawcy w kolumnie nr 5 załącznika nr 1a zaoferowany rejestrator to TRX KSRC 308.*

*Wykonawca wyjaśnia, iż zaoferowany rejestrator TRX KSRC 308 będzie wyposażony w dodatkową czterokanałową kartę linii analogowych wraz z licencją, co umożliwia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego rejestrację korespondencji z 9 urzędzeń jednocześnie. Ponadto zwracamy uwagę na to, że rejestrator spełniający wymagania Zamawiającego bez modułów rozszerzeń to wyższy model tego samego producenta posiadający możliwość rejestracji aż 16 urzędzeń. Wykonawca mając na uwadze racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi zaoferował rozwiązanie tańsze, a co za tym idzie mniej obciążające budżet Zamawiającego. Wykonawca celem potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego załącza ofertę jaką otrzymał od producenta. Przystępujący załączył do wyjaśnień ofertę TRX K.K., przedstawiającą cenę rejestratora KSRC 308 (8 kanałów), cenę rozszerzenia do wersji obsługującej do 16 kanałów oraz cenę 4-kanałowej karty linii analogowych.*

Pismem z 13 października 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zarzuty są niezasadne.

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

Biorąc pod uwagę treść oferty Przystępującego oraz treść złożonych przez niego wyjaśnień, stwierdzić należy, że nie doszło do zmiany oferty, a jedynie do wyeliminowania wątpliwości Zamawiającego co do zgodności tej oferty z wymaganiami SIWZ.

W odniesieniu do rejestratora korespondencji podkreślenia wymaga, że nie był przedmiotem sporu fakt, że zaoferowany rejestrator w wersji bez rozszerzeń nie umożliwia rejestracji z dziewięciu urzędzeń. Nie było również kwestią sporną, że rejestrator ten w przypadku wyposażenia w dodatkową czterokanałową kartę linii analogowych jest zgodny z wymaganiami SIWZ. Wobec powyższego złożone przez Odwołującego dowodu w postaci: korespondencji z producentem rejestratora, instrukcji obsługi tego rejestratora, wydruku karty katalogowej oraz wydruku ze strony V-kom 24PL (sprzedawcy rejestratora) są nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy, jako dotyczące okoliczności niebędących przedmiotem sporu. Istotą sporu było bowiem to, czy złożone wyjaśnienia zmieniły treść oferty Przystępującego.



Odnosząc się do powyższej kwestii wskazać należy, że zgodnie z SIWZ wykonawcy zobowiązani byli podać w ofercie jedynie typ oferowanego urządzenia, Zamawiający nie wymagał natomiast podania szczegółów wyposażenia oraz informacji o opcji konfiguracyjnej, w jakiej urządzenie zostanie dostarczone. Zamawiający wymagał natomiast, aby rejestrator był skonfigurowany w sposób umożliwiający jednoczesną rejestrację korespondencji dla określonych w SIWZ urządzeń końcowych. Przystępujący określił w ofercie model rejestratora, który może być skonfigurowany i wyposażony w różny sposób. Powyższe potwierdza zarówno karta katalogowa złożona przez Odwołującego (z której wynika, że rejestrator posiada nie tylko możliwość rejestracji korespondencji z od 2 do 8 kanałów, ale również 8 slotów na karty rozszerzeń), jak również złożone przez Przystępującego oświadczenie producenta urządzenia. W związku z powyższym nie sposób podzielić interpretacji Odwołującego, z której zdaje się wynikać, że oferowany rejestrator występuje w wersji niezgodnej z SIWZ, a urządzenie skonfigurowane w sposób zgodny z wymogami jest innym urządzeniem niż określone w ofercie. Stwierdzić bowiem należy, że ten sam model rejestratora (TRX KSRC 308) występuje w różnych wariantach, w tym w opcji z dodatkową czterokanałową kartą linii analogowych, a Zamawiający nie wymagał podania w ofercie informacji na temat konkretnej konfiguracji ani wykazania części wchodzących w skład urządzenia. Skoro więc informacja o szczegółowych rozwiązaniach zastosowanych w urządzeniu nie była treścią oferty, to podanie w wyjaśnieniach powyższej informacji nie mogło prowadzić do zmiany tej oferty. Wyjaśnienia doprowadziły jedynie do rozwiania wątpliwości Zamawiającego co do spełniania wymagania z punktu 5.1 załącznika nr 1a do SIWZ, co jest zgodne z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący załączył do wyjaśnień ofertę producenta urządzenia sporządzoną po terminie składania ofert, zauważyć należy, że nie był to dokument wymagany przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ, a jedynie element wyjaśnień mający rozwiązać wątpliwości Zamawiającego. Tym samym data sporządzenia oświadczenia producenta nie świadczy o tym, że na dzień składania ofert urządzenie w odpowiedniej konfiguracji nie spełniało wymagań SIWZ i nie może mieć rozstrzygającego znaczenia.

Podobnie należy ocenić wyjaśnienia dotyczące oferowanego przez Przystępującego komputera, w odniesieniu do którego aktualne pozostaje stanowisko Izby odwołujące się do zakresu żądanych przez Zamawiającego (i stanowiących treść oferty) informacji na temat oferowanego urządzenia. Podkreślenia wymaga, że formułując przedmiotowy zarzut Odwołujący przyjął, że oferowany model występuje tylko w jednej wersji konfiguracyjnej, a jakkolwiek zmiana w stosunku do powszechnie dostępnych informacji na temat parametrów technicznych komputera powinna zostać opisana w treści oferty. Ze

stanowiskiem takim nie sposób się zgodzić w przypadku, w którym Zamawiający żądał podania w ofercie jedynie tak ogólnej informacji, jak typ oferowanego urządzenia. Dowody złożone przez Odwołującego w postaci: wydruku korespondencji mailowej z dostawcą komputera, zdjęcia komputera, wydruków ze stron internetowych obrazujących różnice w wyglądzie portów DVI-I i DVI-D, specyfikacji technicznej płyty, dotyczą komputera w wersji prezentowanej w powszechnie dostępnych materiałach. Przystępujący natomiast złożył oświadczenie, w którym producent oferowanego komputera stwierdza, że *zaoferowany BIT S.A. model komputera EDH170N-GA-WIFI-FL-i7 został skonfigurowany specjalnie pod wystosowane zapytanie*, i podaje parametry techniczne tego komputera, w tym port DV-I. W odniesieniu do powyższego Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego. Należy więc stwierdzić, że zostało wykazane, iż zaoferowany komputer jest wyposażony w port DVI-I, a Przystępujący podał w ofercie informacje w takim stopniu szczegółowości, jakiego oczekiwał Zamawiający, nie można więc na etapie oceny ofert wyciągać wobec niego negatywnych konsekwencji z powodu nieprzedstawienia w ofercie szczegółów konfiguracji komputera czy też dowodów na spełnienie wymagań SIWZ. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie zmieniły treści oferty, a jedynie pozwoliły Zamawiającemu upewnić się co do zgodności oferowanego urządzenia z treścią SIWZ, procedura wyjaśnień została więc przeprowadzona zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Na marginesie jedynie zauważyć należy, że przedstawiona w odwołaniu teza, jakoby karta katalogowa załączona przez Przystępującego do wyjaśnień *została ewidentnie sporządzona po upływie terminu na złożenie oferty* jest twierdzeniem gołosłownym, niemającym oparcia w treści tej karty katalogowej, a ponadto zauważyć należy, że Zamawiający nie żądał przedłożenia takiego dokumentu na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymogów SIWZ.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, że Zamawiający równo traktował wykonawców w zakresie możliwości wyjaśnienia treści oferty, o czym świadczy fakt, że również Odwołującego wezwał do wyjaśnień w kwestii spełniania przez oferowane urządzenie wymagań SIWZ i umożliwił mu przedstawienie doprecyzowujących informacji.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do nieujawnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty Przystępującego oraz uzasadnienia utajnienia tych wyjaśnień Izba ustaliła, że w złożonych wyjaśnieniach na str. 1 Przystępujący wyraził wolę utajnienia złożonych wyjaśnień z podaniem podstawy prawnej. Na str. 2 Przystępujący podał, że pismo zawiera dane, kalkulacje finansowe i informacje na temat warunków finansowych dotyczących realizacji przedmiotowego zamówienia, które są danymi poufnymi, dotyczą strategii handlowej i rozwoju firmy i mają dla wykonawcy dużą wartość gospodarczą. Przystępujący wskazał na obowiązującą go w kontaktach handlowych klauzulę poufności, powołał się na politykę bezpieczeństwa i działania podjęte w celu nieujawniania przedmiotowych informacji.

Po pierwsze stwierdzić należy, że niezasadny jest zarzut dotyczący nieujawnienia przez Zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny. Odwołujący, na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp spoczywał ciężar dowodu nie wykazał, że treść tego uzasadnienia nie została mu udostępniona. Zamawiający oświadczył podczas rozprawy, że dwie pierwsze strony wyjaśnień, zawierające uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa były jawne i zostały udostępnione przedstawicielowi Odwołującego, a Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet okoliczności przeciwnej. Natomiast za uprawdopodobnienie twierdzeń Zamawiającego można uznać fakt, że w kserokopii dokumentacji przekazanej na wezwanie Prezesa Izby, dwie pierwsze strony wyjaśnień, w przeciwieństwie do ich dalszej części zawierającej merytoryczne odniesienie się do kalkulacji zaoferowanej ceny, zostały zamieszczone w jawnej części dokumentacji.

Po drugie, Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu dotyczącego niezasadnego utajnienia merytorycznej części wyjaśnień. Formułując przedmiotowy zarzut Odwołujący podniósł, że gdyby się okazało, że wykonawca Bit poza uzasadnieniem zawartym na pierwszej stronie tego pisma, nie złożył dalszych motywów objęcia wyjaśnień tajemnicą, wówczas należy uznać, że nie ma żadnych podstaw do utrzymania tajności wyjaśnień, nawet bez oceny merytorycznej, czy w ogóle mogą one stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Do dalszej argumentacji uzasadnienia Odwołujący się nie odniósł, wskazując, że gdyby takowa została przedstawiona, to jeśli jest podobnie ogólna – nie może stanowić o zasadności utajnienia. Jednakże, jak wskazano powyżej, należy przyjąć, że Odwołujący mógł zapoznać się nie tylko z pierwszą, ale również z drugą stroną wyjaśnień (która zawierała zasadniczą część uzasadnienia utajnienia wyjaśnień) i podjąć z tym uzasadnieniem merytoryczną polemikę. Fakt, że Odwołujący mimo takiej możliwości nie zrobił tego, nie obliguje Izby do całościowej oceny wyjaśnień pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący, powołując się na niejawnosć uzasadnienia (co należy uznać za niezgodne ze stanem faktycznym) zrezygnował ze sformułowania precyzyjnych zarzutów, na które składają się również konkretne okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje naruszenia przepisów ustawy. Zaniechanie Odwołującego w tym zakresie nie może prowadzić do poddania weryfikacji całości tych wyjaśnień i poszukiwania przez Izbę z urzędu okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby tezę Odwołującego. Należy więc stwierdzić, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania niezasadności zastrzeżenia merytorycznej części wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej przez Odwołującego, zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należało uznać za niezasadny.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

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

**Przewodniczący:** .....