

**WYROK**

**z dnia 11 lipca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **iCreatio Sp. z o.o., "ALIBABA" Centrum Serwisowe Sp. z o.o., ul. Niedźwiedzia 29b, 02-737 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Gmin i Powiatów Subregionu Zachodniego Województwa Śląskiego z siedzibą w Rybniku, ul. J. i F. Białych 7, 44-200 Rybnik,**

przy udziale wykonawcy **Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **iCreatio Sp. z o.o. i "ALIBABA" Centrum Serwisowe Sp. z o.o., ul. Niedźwiedzia 29b, 02-737 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez : **iCreatio Sp. z o.o., "ALIBABA" Centrum Serwisowe Sp. z o.o., ul. Niedźwiedzia 29b, 02-737 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **iCreatio Sp. z o.o.** i **”ALIBABA” Centrum Serwisowe Sp. z o.o.**,  
**ul. Niedźwiedzia 29b, 02-737 Warszawa** na rzecz Zamawiającego - **Związek  
Gmin i Powiatów Subregionu Zachodniego Województwa Śląskiego z siedzibą  
w Rybniku, ul. J. i F. Białych 7, 44-200 Rybnik** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy  
tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania  
odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień  
publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni  
od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby  
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Związek Gmin i Powiatów Subregionu Zachodniego Województwa Śląskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiotem którego jest dostawa sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem, świadczenie usługi dostępu do Internetu oraz organizacja i przeprowadzenie szkoleń dla Beneficjentów Ostatecznych Projektu „Internet w każdym domu. Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Subregionie Zachodnim Województwa Śląskiego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 kwietnia 2014 r., numer ogłoszenia 2014/S 070-120254.

Odwołujący iCreatio Sp. z o.o. i "ALIBABA" Centrum Serwisowe Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, w zakresie Zadania Nr 1, tj. od: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Unizeto Technologies S.A., zaniechania odtajnienia (ujawnienia) przez Zamawiającego dokumentów i oświadczeń zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach i oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Unizeto Technologies S.A. z postępowania, pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Unizeto Technologies S.A., pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 w związku z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i oświadczeń (tj. pełnej korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego od upływu terminu składania ofert do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej, w szczególności wszelkich wyjaśnień i uzupełnień oferty UNIZETO oraz wezwań Zamawiającego) zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach i oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Unizeto

Technologies S.A. z postępowania, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Unizeto Technologies S.A., pomimo iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ; naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w Zadaniu Nr 1.

Ponadto z ostrożności Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Unizeto Technologies S.A. do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w Zadaniu Nr 1; odtajnił (ujawnił) i udostępnił niezwłocznie Odwołującemu dokumenty i oświadczenia zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (tj. pełną korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego od upływu terminu składania ofert do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej, w szczególności wszelkie wyjaśnienia i uzupełnienia oferty Unizeto Technologies S.A. oraz wezwania Zamawiającego); dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Unizeto Technologies S.A., w tym dokonał czynności wykluczenia Unizeto Technologies S.A. z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy z przyczyn wskazanych w odwołaniu; dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 w związku z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i oświadczeń (tj. pełnej korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego od upływu terminu składania ofert do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej, w szczególności wszelkich wyjaśnień i uzupełnień oferty Unizeto Technologies S.A. oraz wezwań Zamawiającego) zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo, że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w dniu 12 czerwca 2014 r. wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W dniu 16 czerwca 2014 r. Odwołujący dokonał wglądu w dokumentację postępowania. Wśród udostępnionych dokumentów brak było szeregu dokumentów i oświadczeń, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę Unizeto Technologies S.A. W szczególności Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu korespondencji, jaka miała miejsce w niniejszym

postępowaniu pomiędzy upływem terminu składania ofert, a wyborem oferty najkorzystniejszej, tj. pism Zamawiającego oraz pism Unizeto Technologies S.A., stanowiących wyjaśnienia i uzupełnienia złożonej oferty przetargowej, a także korespondencji z przedstawicielem producenta / producentem oferowanego przez Unizeto Technologies S.A. monitora.

Z treści udostępnionego Odwołującemu „Protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej” z dnia 21 i 22 maja 2014 r. oraz treści oferty Unizeto Technologies S.A., Odwołującemu nie zostały udostępnione następujące dokumenty: pełnomocnictwo dla p. K. G. do reprezentowania wykonawcy, dokumenty wymienione w pkt XIII ust. 2 SIWZ dla podmiotu trzeciego Leon Internet Sp. z o.o., dowód potwierdzający należyte wykonanie lub wykonywanie usługi dostępu do sieci Internet (dot. podmiotu trzeciego Leon Internet Sp. z o.o.), wydruk z testu PCMark Vantage dla komputera DELL Optiplex 9020 SFF, wydruk z testu BAPCO SYSmark dla komputera DELL Optiplex 9020 SFF, wydruk potwierdzający certyfikat producenta systemu operacyjnego potwierdzający poprawną współpracę oferowanego modelu komputera z oferowanym systemem operacyjnym dla komputera DELL Optiplex 9020 SFF, wydruk potwierdzający spełnianie wymogów normy Energy Star 5.0 dla komputera DELL Optiplex 9020 SFF, wydruk potwierdzający spełnianie wymogów normy Energy Star 5.0 dla monitora E2014H, wydruk z testu PCMark Vantage dla komputera DELL Optiplex 9020 AIO, wydruk z testu BAPCO SYSmark dla komputera DELL Optiplex 9020 AIO, wydruk potwierdzający certyfikat producenta systemu operacyjnego potwierdzający poprawną współpracę oferowanego modelu komputera z oferowanym systemem operacyjnym dla komputera DELL Optiplex 9020 AIO, wydruk potwierdzający spełnianie wymogów normy Energy Star 5.0 dla komputera DELL Optiplex 9020 AIO, informacje wskazujące producentów, modeli i ewentualnych numerów P/N specjalistycznych urządzeń peryferyjnych dla osób niepełnosprawnych.

W ocenie Odwołującego, treści ww. dokumentów i oświadczeń nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaniechanie Zamawiającego dokonania odtajnienia, zdaniem Odwołującego, w jaskrawy sposób narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Odwołujący argumentował, że nie sposób uznać, by pełnomocnictwo udzielone przez wykonawcę do jego reprezentowania w postępowaniu zawierało w sobie jakiegokolwiek informacje, które wyczerpywałyby przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego również dokumenty formalne, wymagane w postępowaniu przez Zamawiającego (w tym przypadku: oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, odpis z KRS, zaświadczenia z

ZUS i Urzędu Skarbowego, informacje z KRK dla członków zarządu oraz podmiotu zbiorowego), nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tych oświadczeń i dokumentów, dotyczących podmiotu trzeciego Leon Internet Sp. z o.o., godzi w zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Zastrzeżenie wydruków i certyfikatów, w ocenie Odwołującego również jest nieuzasadnione z uwagi na fakt, że dokumenty te miały potwierdzać spełnianie przez oferowany sprzęt i oprogramowanie wymagań określonych w SIWZ, a zatem wymagań, które są jawne i dostępne dla każdego zainteresowanego. W zakresie wymaganych w SIWZ informacji o producencie, modelu, part numberach specjalistycznych urządzeń peryferyjnych dla osób niepełnosprawnych, wzór Opisu oferowanego sprzętu (Załącznik nr 1a do SIWZ) został tak przygotowany przez Zamawiającego, że rolą wykonawcy było jedynie uzupełnienie go we wskazanych miejscach, poprzez podanie konkretnych parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania, a także informacji o producencie, modelu, part numberach, tak, aby potwierdzić spełnianie wymagań SIWZ. Odwołujący argumentował, że Zamawiający nie wymagał tam jakichkolwiek opisów technicznych, które mogłyby zawierać wynik prac twórczych wykonawcy, chronionych prawem autorskim, czy też o zbliżonym charakterze, mogących być przedmiotem nieuprawnionego naśladownictwa, w szczególności przynoszącego korzyści, kosztem wytwórcy. Informacji o tym, że zaoferowany sprzęt i oprogramowanie spełnia jawne i powszechnie dostępne wymagania SIWZ, nie sposób zdaniem Odwołującego uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Sprzęt i oprogramowanie stanowiące przedmiot zamówienia są produktami gotowymi, seryjnymi, z półki, a nie tworzonymi na indywidualne potrzeby Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Informacje o sprzęcie i oprogramowaniu zaoferowanym przez Unizeto Technologies S.A., są powszechnie dostępne, chociażby na stronach internetowych ich producentów, którzy w celu pozyskania jak największej liczby klientów reklamują swoje wyroby i szeroko informują o ich właściwościach i parametrach. Nie jest zatem spełniony w ich wypadku podstawowy warunek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, jakim jest nieujawnienie do wiadomości publicznej.

Wszystkie wydruki ze stron internetowych, potwierdzające spełnienie wymogów technicznych przez oferowany sprzęt, zdaniem Odwołującego są dokumentami jawnymi, dostępnymi dla każdego zainteresowanego. Zamawiający zastrzegł, że mają pochodzić ze strony internetowej, nie jest zatem spełniony warunek nieujawnienia do wiadomości publicznej. Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. W treści oferty Unizeto Technologies S.A. (strony od 33 do 85) wykonawca ten nie objął tajemnicą

przedsiębiorstwa ani opisu oferowanego sprzętu i oprogramowania, ani szeregu dokumentów i wydruków dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia (m.in. wydruków z testów oraz sprawozdania z badań komputera). W związku z tym nie sposób przyjąć, by uzupełnione przez Unizeto Technologies S.A. oświadczenia i dokumenty, zawierały jakiegokolwiek informacje chronione tajemnicą przedsiębiorstwa.

W zakresie zastrzeżenia dowodu potwierdzającego należyte wykonanie lub wykonywanie usługi dostępu do sieci Internet (dot. podmiotu trzeciego Leon Internet Sp. z o.o.) Odwołujący wskazał, że wszelkie informacje o wykonanych usługach zostały opisane w treści oferty, w wykazie wykonanych / wykonywanych usług. Wskazano przedmiot usługi, jej wartość, okres wykonania oraz podmiot, który realizuje usługę. Sama okoliczność, iż dana usługa mogła zostać wykonana na rzecz podmiotu prywatnego, nie uzasadnia jeszcze w żaden sposób zastrzeżenia informacji na ich temat jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosił, że zastrzegając dokument potwierdzający, że usługa wyszczególniona w wykazie została wykonana należyście, Unizeto Technologies S.A. powinien wykazać, że wszystkie ww. przesłanki zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione. Samo stwierdzenie, że określona usługa została zrealizowana na rzecz podmiotu prywatnego, bez wątplenia nie stanowi wykazania ww. przesłanek dopuszczalności zastrzeżenia.

Odwołujący argumentował, że działanie Zamawiającego, polegające na odmowie Odwołującemu wglądu w ww. oświadczenia i dokumenty, wskazuje na rażące naruszenie naczelnej zasady obowiązującej w systemie zamówień publicznych, jaką jest zasada równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie prowadzi więc postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, ewidentnie naruszając w szczególności dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz nie respektuje wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Unizeto Technologies S.A. z postępowania, z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pkt. XII ust. 1 lit. b) SIWZ wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. celem spełnienia tego warunku wykonawca musi wykazać się: należytym wykonaniem lub wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli

okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi dostępu do sieci Internet do nie mniej niż 100 lokalizacji łącznie (dotyczy Zadania 1).

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, Zamawiający żądał złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dowodów, że zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami, których wymagał Zamawiający, miały być: poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

Wykonawca Unizeto Technologies S.A. w wykazie wykonanych lub wykonywanych usług (str. 22), pod poz. 3 wskazał usługę dostępu do sieci Internet do ponad 8.000 lokalizacji łącznie, wykonywaną w okresie od maja 2011 r. do maja 2014 r., gdzie jako odbiorcę wskazał Leon Internet Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku. Odwołujący podniósł, że z analizy oferty tego Wykonawcy oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Wskazał, że analiza zamieszczonego w ofercie Unizeto Technologies S.A. wykazu (str. 22) może nasuwać wniosek, iż to Unizeto Technologies S.A. wykonywało usługę dostępu do sieci Internet do ponad 8.000 lokalizacji łącznie dla firmy Leon Internet Sp. z o.o. W rzeczywistości jest jednak inaczej, bowiem Leon Internet Sp. z o.o. jest podmiotem trzecim, z którego zasobów korzysta Wykonawca Unizeto Technologies S.A.. Odwołujący zauważył, że Wykonawca Unizeto Technologies S.A. nie wskazał w ogóle odbiorcy usług (dane zamawiającego, jego nazwa i adres), czego wprost żądał Zamawiający w wymaganiach SIWZ. Odwołujący podniósł także, że Wykonawca Unizeto Technologies S.A. nie załączył do oferty wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ dowodu potwierdzającego, że opisane w wykazie usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Brak jest bowiem poświadczenia należytego wykonania/wykonywania usług, pochodzącego od odbiorcy usług realizowanych przez Leon Internet sp. z o.o. Zamawiający wezwał Wykonawcę Unizeto Technologies S.A. do przedstawienia wymaganego poświadczenia należytego wykonania/wykonywania usług bądź do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie. W ocenie Odwołującego, Wykonawca Unizeto Technologies S.A. nie przedstawił (nie uzupełnił) wymaganego poświadczenia należytego wykonania/wykonywania przez Leon Internet Sp. z o.o. usług dostępu do sieci Internet (dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). Odwołujący podniósł, iż brak złożenia wymaganego postanowieniami SIWZ poświadczenia



oznacza nie wykazanie przez Wykonawcę Unizeto Technologies S.A. spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Trudno zdaniem Odwołującego byłoby zaakceptować sytuację, w której Zamawiający mógłby uznać za wystarczające jedynie oświadczenie własne wykonawcy usług - Leon Internet Sp. z o.o., znajdujące się na stronie 26 oferty Unizeto Technologies S.A. Odwołujący wskazywał, że oświadczenie Leon Internet Sp. z o.o. z dnia 16.05.2014 r., zamieszczone na stronie 26 oferty Unizeto Technologies S.A. jest jedynie oświadczeniem własnym firmy świadczącej usługi, nie wskazuje w ogóle, na rzecz kogo świadczone były opisane usługi. Oświadczenie to nie potwierdza należytego wykonania/wykonywania usług dostępu do sieci Internet, co jest obligatoryjnym elementem wymaganym w treści poświadczenia, przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł z ostrożności oraz tylko i wyłącznie na wypadek uznania, że w istniejących okolicznościach sprawy możliwe jest wezwanie Wykonawcy Unizeto Technologies S.A., do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanego wyżej w uzasadnieniu poświadczenia należytego wykonania/wykonywania usług dostępu do sieci Internet, bądź innych oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, postawił też zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał wezwania Wykonawcy Unizeto Technologies S.A., do złożenia w wyznaczonym terminie brakujących oświadczeń i dokumentów, a w razie ich nieskutecznego uzupełnienia, odpowiednio wykluczył Unizeto Technologies S.A. z postępowania i uznał złożoną przez niego ofertę za odrzuconą.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Unizeto Technologies S.A., pomimo, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający w pkt. XIII ust. 3 SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy i usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, wymagał złożenia wraz z ofertą: opisu oferowanego sprzętu, który musiał zawierać numer katalogowy (o ile posiada) i jego specyfikację techniczną - opis ten i ewentualne załączone do niego dokumenty musiały potwierdzać jednoznacznie, że zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia minimalne wymogi, które określone zostały przez Zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1a do SIWZ (dotyczy Zadania 1), wszelkich certyfikatów, świadectw, gwarancji i innych dokumentów dotyczących

oferowanego sprzętu i oprogramowania, jeśli taki wymóg zawarty został w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1a do SIWZ (dotyczy Zadania 1).

W Załączniku nr 1a do SIWZ, w pkt. III. Wymagania minimalne dla sprzętu i oprogramowania, ppkt 1. Komputery dla beneficjentów ostatecznych, lit. B. Monitor, Zamawiający zamieścił wymaganie, by oferowany monitor posiadał ekran ciekłokrystaliczny z aktywną matrycą TFT min. 19,5". Jednocześnie w ofercie wymagane było podanie modelu, symbolu oraz producenta monitora. W złożonej ofercie, Wykonawca Unizeto Technologies S.A., w dokumencie stanowiącym opis oferowanego sprzętu (str. 36 oferty) oświadczył, iż oferuje monitor marki DELL model E-series E2014H, 19,5".

Odwołujący, po dokonaniu analizy parametrów oferowanego przez Unizeto Technologies S.A. monitora E-series E2014H, 19,5", stwierdził, że oferowane urządzenie jest standardowym, powszechnie dostępnym monitorem produkcji Dell. Ponadto stwierdził, że monitor ten nie spełnia w rzeczywistości minimalnego parametru wymaganego w treści SIWZ, odnoszącego się do wielkości matrycy (wymagana min. 19,5"). Odwołujący podniósł, że już w samej karcie katalogowej producenta, która została załączona do odwołania, można odnaleźć informację, że monitor ten posiada przekątną 19,45". Wartość ta jest dodatkowo potwierdzona po dokonaniu prostego matematycznego obliczenia (karta podaje wartość w centymetrach - 49,40 centymetra, po przeliczeniu = 19,4488189 cala), według wzoru: [ilość centymetrów] / 2.54 - [ilość cali]. Z powyższego zdaniem Odwołującego jednoznacznie wynika, że monitor posiada rozmiar 19,4488189", a zatem nie spełnia minimalnego, wymaganego parametru: 19,5".

Odwołujący wskazał, że nieuprawnione przyjęcie przez Zamawiającego ww. monitora za spełniającego wymagania SIWZ, ma istotne znaczenie z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców. Gdyby Odwołujący posiadał wiedzę, że za spełniającego wymagania SIWZ, zostanie uznany monitor o przekątnej 19,45", to w Zadaniu Nr 1 zaoferowałby zupełnie inny, o wiele tańszy monitor o przekątnej 19,45", który jest tańszy od zaoferowanego przez Odwołującego monitora. Różnica ta, mając na uwadze ilość zamawianych w SIWZ monitorów, spowodowałaby, że oferta Odwołującego byłaby ofertą z najniższą ceną w Zadaniu nr 1 i zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

W ocenie Odwołującego, oferta Unizeto Technologies S.A. jako nieodpowiadająca wymaganiom SIWZ, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w pkt. XIII ust. 3 SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy i usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, wymagał złożenia wraz z ofertą:

wszelkich certyfikatów, świadectw, gwarancji i innych dokumentów dotyczących oferowanego sprzętu i oprogramowania, jeśli tak postanowiono w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1a do SIWZ (dotyczy Zadania 1). Zamawiający zamieścił wymaganie: CERTYFIKATY i STANDARDY, ppkt 2 - Komputer musi spełniać wymogi normy Energy Star 5.0. Wymagany wpis dotyczący oferowanego modelu komputera w internetowym katalogu <http://www.eu-energystar.org> lub <http://www.energystar.gov> (wydruk ze strony internetowej załączyć do oferty, dopuszcza się wydruk w języku angielskim).

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Unizeto Technologies S.A. do złożonej oferty nie załączył wymaganych wyżej wydruków ze strony internetowej, w związku z czym został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia braków na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyniku uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca Unizeto Technologies S.A. nie przedstawił żądanych w SIWZ wydruków ze stron internetowych 'energystar'. W miejsce wyraźnie wymaganych przez Zamawiającego wydruków ze stron internetowych, Wykonawca Unizeto Technologies S.A. załączył inne dokumenty - certyfikaty wystawione przez firmę Intertek Testing Services NA Inc. (dotyczy komputerów DELL Optiplex 9020 SFF oraz DELL Optiplex 9020 AIO). Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w treści SIWZ w sposób jednoznaczny wskazał, jaki dokument należy załączyć na potwierdzenie spełnienia wymagania normy Energy Star 5.0. Odwołujący wskazał, że Wykonawca Unizeto Technologies S.A. nie dochował wymagań określonych w SIWZ, nie składając wymaganych wydruków ze stron internetowych, zastępując właściwe dokumenty innymi, nie dopuszczonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Na tej podstawie Odwołujący stwierdził, że oferta Wykonawcy Unizeto Technologies S.A., jako nie zawierająca wymaganych w SIWZ dokumentów (wydruków), nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W załączniku nr 1a do SIWZ, w pkt III. Wymagania minimalne dla sprzętu i oprogramowania, Zamawiający w odniesieniu do Lp. 3 WYDAJNOŚĆ (1. Komputery dla beneficjentów ostatecznych - A. JEDNOSTKA CENTRALNA oraz 4. Komputery dla jednostek podległych) zamieścił wymagania, zgodnie z którymi komputer musi osiągać w testach wydajności wyniki wskazane dokładnie przez Zamawiającego. Zamawiający zastrzegł, że wymaga, aby powyższe wyniki osiągnięte były na komputerze o oferowanej konfiguracji sprzętowej, w teście składającym się z minimum trzech iteracji, przy rozdzielczości monitora co najmniej takiej, jak rozdzielczość oferowanego monitora. Dokumentem potwierdzającym spełnianie ww. wymagań miał być dołączony do oferty wydruk z przeprowadzonego testu. Odwołujący podniósł, że wydruk z testu BAPCO SYSmark dla komputera DELL Optiplex 9020 SFF

złożony w ofercie Wykonawcy Unizeto Technologies S.A., nie zawiera wyników dla oferowanej konfiguracji zestawu: (a) Wykonawca ten oferuje monitor o rozdzielczości 1600 x 900, a wydruk z testów potwierdza ich przeprowadzenie w rozdzielczości 1280 x 1024, (b) Wykonawca ten oferuje komputer wyposażony w zintegrowaną kartę graficzną Intel HD Graphics 4600, a w wydruku z testów figuruje karta Intel HD Graphics 4400. Z kolei wydruk z testu BAPCO SYSmark dla komputera DELL Optiplex 9020 AIO nie zawiera wyników dla oferowanej konfiguracji zestawu: (a) Wykonawca Unizeto Technologies S.A. oferuje dysk o prędkości obrotowej 7.200 rpm, a wydruk z testów potwierdza ich przeprowadzenie na dysku ST500LT015-9WU142, o prędkości obrotowej 5.400 rpm, (b) Wykonawca ten oferuje komputer wyposażony w zintegrowaną kartę graficzną Intel HD Graphics 4600, a w wydruku z testów figuruje karta Intel HD Graphics 4400.

Zdaniem Odwołującego, uzupełnione przez Unizeto Technologies S.A. wydruki z testów, nadal nie potwierdzają ich przeprowadzenia na komputerach o oferowanej konfiguracji, albo nie potwierdzają osiągnięcia minimalnych poziomów wyników, co oznacza kolejną niezgodność treści oferty Unizeto Technologies S.A. z wymaganiami SIWZ, powodującą obowiązek odrzucenia oferty Unizeto Technologies S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Taki wniosek Odwołującego wynika m.in. z faktu, że dla komputera DELL Optiplex 9020 SFF Wykonawca Unizeto Technologies S.A. przedstawił wyniki niewiele wyższe niż minimalne dla dużo niższej rozdzielczości monitora. Oznacza to, że zmiana rozdzielczości monitora w komputerze o tej konfiguracji, mogłaby spowodować nieosiągnięcie przez testowany komputer minimalnych wyników. Dlatego też załączenie przez Unizeto Technologies S.A., pierwotnie - w ofercie, wydruków z testów pochodzących z komputerów o innej konfiguracji sprzętowej niż oferowana w niniejszym postępowaniu, było zdaniem Odwołującego zabiegiem celowym, mającym na celu doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający przeoczy pozornie drobne różnice. Odwołujący podkreślił, że parametry takie jak: (1) rozdzielczość monitora, (2) typ karty graficznej (Intel HD Graphics 4600 i HD Graphics 4400 to dwa różne modele kart), (3) prędkość obrotowa dysku, mają zasadnicze znaczenie dla wyników testów wydajnościowych komputera, takich jak BAPCO SYSmark.

Odwołujący z ostrożności postawił dodatkowo zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unizeto Technologies S.A., z uwagi na niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty oraz prowadzenie negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Unizeto Technologies S.A., dotyczących treści oferty tego wykonawcy.

Z udostępnionych protokołów komisji przetargowej wynika, iż Zamawiający w toku badania ofert posiadał wiele zastrzeżeń do oferty złożonej przez Unizeto Technologies S.A. oraz uzupełnionych przez tego wykonawcę dokumentów. Odwołujący podnosił, że z nieznanymi

powodów Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokonane przez Wykonawcę Unizeto Technologies S.A., uznając bezpodstawnie, iż treść tej oferty odpowiada wymaganiom określonym w treści SIWZ. Przykładowo Odwołujący podał, że jeżeli uzupełnione przez Unizeto Technologies S.A. wydruki z testu BAPCO SYSmark dla komputera DELL Optiplex 9020 SFF oraz komputera DELL Optiplex 9020 AIO, wskazują w swej treści na inną konfigurację oferowanego komputera i takie działanie wykonawcy jest akceptowane przez Zamawiającego, oznacza to, iż w postępowaniu doszło do zmiany treści oferty Unizeto Technologies S.A. w zakresie parametrów zaoferowanych komputerów DELL Optiplex 9020 SFF oraz komputera DELL Optiplex 9020 AIO, tj. zmianie uległy parametry wskazane wprost w Opisie oferowanego sprzętu zamieszczonym na stronach 33 - 41 oferty Unizeto Technologies S.A. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w trakcie czynności badania złożonych ofert, prowadził niedozwolone na mocy art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych negocjacje dotyczące treści oferty złożonej przez Unizeto Technologies S.A., z tych względów oferta ta dodatkowo podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutów opisanych w pkt. 9 i 10 uzasadnienia odwołania, Odwołujący zaznaczył, że nie jest możliwe wezwanie wykonawcy Unizeto Technologies S.A. do uzupełnienia ww. dokumentów, gdyż takie postępowanie Zamawiającego naruszałoby art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie więcej niż jednego wezwania do uzupełnienia. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, iż oferta Unizeto Technologies S.A. nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów, miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zasadą postępowania, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość wyłączenia jawności postępowania i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, przewidzianych w ustawie. Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających wyłącznie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym, gdy nie zdecydował się na odtajnienie dokumentów.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze 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.

Wskazać należy, że w ocenie Izby, Zamawiający dokonał czynności bezzasadnej odmowy odtajnienia dokumentów złożonych w postępowaniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający dopiero w dniu 7 lipca 2014 r., a więc w przeddzień rozprawy przed Izbą, dokonał czynności odtajnienia dokumentów i oświadczeń złożonych w postępowaniu przez Przystępującego.

W ocenie Izby, zaniechanie Zamawiającego dokonania odtajnienia dokumentów złożonych przez Przystępującego, narusza zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. Przystępujący nie wykazał spełnienia przesłanek, wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w odniesieniu do złożonych dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący nie podjął nawet próby wykazania spełnienia takich przesłanek w odniesieniu do złożonego pełnomocnictwa, czy też w odniesieniu do dokumentów urzędowych, które są jawne i powszechnie dostępne (jak odpis z KRS) lub też wydawane są w celu przedstawienia

ich innym podmiotom (zaświadczenia z ZUS i Urzędu Skarbowego, informacje z KRK dla członków zarządu oraz podmiotu zbiorowego), a tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro powyższe dokumenty są jawne, nie jest uprawnione zastrzeżenie nieujawniania ich treści w postępowaniu. Jedną z przesłanek ustawowych, niezbędnych do uznania informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jest fakt nieujawnienia tych informacji do wiadomości publicznej.

Należy wskazać, że z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że obejmuje ona informacje, które są szczególnie cenne (posiadają wartość) dla przedsiębiorcy. Dlatego też, aby uznać dane informacje za mające charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, przedsiębiorca musi podjąć czynności celem ochrony tych informacji. Są to zazwyczaj konkretne czynności i można w tym zakresie przedstawić dowody. Przystępujący nie przedstawił żadnych dokumentów, które świadczyłyby, że podjął czynności celem ochrony informacji, które uznać miał za informacje poufne i stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, nie wykazano także, jaką wartość (i jakiego rodzaju) mają oświadczenia i dokumenty, dotyczące podmiotu trzeciego Leon Internet sp. z o.o.

Podkreślić należy, że zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa wydruków i certyfikatów dotyczących oferowanego sprzętu, również nie znajduje uzasadnienia w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje dotyczące spełnienia przez oferowany sprzęt parametrów można pozyskać ze stron internetowych, folderów, ulotek, a więc ze źródeł powszechnie dostępnych. Co więcej, wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia wydruku ze strony internetowej, potwierdzającego spełnienie wymagania normy. Zatem wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia informacji powszechnie dostępnej. Zastrzeżenie poufności takich dokumentów oraz informacji powszechnie dostępnych i zastrzeżenie ich treści, godzi w zasadę jawności postępowania. Przystępujący również w tym wypadku nie podjął próby wyjaśnienia, czy wykazania spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby, nieuzasadnione było zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów zawartych w ofercie Przystępującego. Zamawiający zobowiązany był do gruntownego zbadania zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa każdego z dokumentów. Zdaniem Izby, nie było uprawnione uznanie zasadności zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie na podstawie ogólnikowych wyjaśnień Przystępującego. W ocenie Izby, zasadny zatem okazał się zarzut naruszenia art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przed otwarciem rozprawy dokonał czynności odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów Przystępującego, przesyłając je jednocześnie Odwołującemu. Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie

zamówienia. Wobec faktu, że Zamawiający dokonał już czynności odtajnienia dokumentów oraz mając na uwadze fakt, że Odwołujący przedstawił merytoryczne zarzuty względem oferty Przystępującego, Izba uznała, że odtajnienie dokumentów nie spowoduje powstania żadnych nowych okoliczności, a tym samym nie będzie miało wpływu na wynik postępowania.

W Rozdziale XII pkt 1 lit. b) SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się *„należyтым wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia obejmującego dostawę min. 100 sztuk komputerów w ramach jednego zamówienia (dotyczy Zadania 1).”*

Na potwierdzenie spełniania tego warunku, Zamawiający żądał przedłożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywanych głównych dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wraz z załączeniem dowodów, czy zostały one wykonane lub są wykonywane należycie. Ponadto Zamawiający wskazał, że *„Dowodami, o których mowa powyżej są: poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.”*

Przystępujący przedstawił w złożonym przez siebie wykazie usług usługę zrealizowaną przez podmiot trzeci, tj. Leon Internet sp. z o.o. wraz z oświadczeniem Leon Internet sp. z o.o. o należyтым wykonaniu pracy zawartej w wykazie. Zamawiający po dokonaniu weryfikacji oferty Przystępującego wezwał go do wskazania przyczyn, dla których nie może uzyskać poświadczenia wykonania usługi. W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący podał przyczyny z powodu których Leon Internet sp. z o.o. nie mógł uzyskać poświadczenia należytego wykonania prac. Przystępujący złożył następujące oświadczenie: „oświadczam, że firma Leon Internet sp. z o.o. w ciągu ostatnich 3 lat wykonywała i dalej wykonuje usługi dostępu do sieci Internet dla ponad 8000 lokalizacji łącznie. Przez okres 3 lat do dnia 21.05.2014 r. Leon Internet sp. z o.o. wykonał usługi dostępu do sieci Internet do co najmniej 100 lokalizacji. Klientami Leon Internet sp. z o.o. są głównie osoby fizyczne. Wykonawca nie ma możliwości uzyskania poświadczenia od 100 indywidualnych osób, które poświadczą korzystanie i należyte wykonanie usług przez Wykonawcę Osoby fizyczne, dla których świadczone są usługi dostępu do Internetu w lokalizacjach, które w głównej mierze są ich domami prywatnymi zamieszkują w znacznych odległościach. Wykonawca wskazuje, iż rozdrobnienie odbiorców Internetu, rozmieszczenie ich lokalizacji uniemożliwia Wykonawcy uzyskanie co najmniej 100 poświadczeń od osób fizycznych będących



odbiorcami Internetu. Wykonawca wskazuje, iż pozyskanie tak znacznej ilości poświadczeń w tak krótkim czasie było niemożliwe i stanowi uzasadnioną przyczynę o obiektywnym charakterze wskazującą za możliwością złożenia stosownego oświadczenia wykonawcy zamiast poświadczenia lub referencji odbiorców usług.”

Zamawiający przyjął oświadczenie Leon Internet sp. z o.o. o należyтым wykonaniu prac umieszczonych w wykazie Przystępującego i wskazał, że możliwość przedstawienia oświadczenia wykonawcy zamiast poświadczenia podmiotu, na rzecz którego prace zostały wykonane, dopuszcza Dyrektywa 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. L 134 z 30.4.2004, str. 114). Art. 48 ust. 2 ww. dyrektywy stanowi, że: *„Dowody dostaw i usług należy przedstawić: w przypadku gdy odbiorcą była instytucja zamawiająca - w formie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez właściwy organ; w przypadku gdy odbiorcą był nabywca prywatny w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia - w postaci oświadczenia wykonawcy.”*

Zamawiający przywołał także stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: *„Mając na uwadze zarówno przepisy dyrektywy 2004/18/WE jak również fakt, iż wykonawcy mogą mieć trudności z uzyskaniem poświadczenia od podmiotów prywatnych (innych przedsiębiorców na rzecz których realizowali roboty budowlane, dostawy lub usługi) wprowadza się możliwość, by w sytuacji gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie był w stanie uzyskać poświadczenia, w jego miejsce składał oświadczenie.”*

W ocenie Izby, Leon Internet sp. z o.o. w złożonym oświadczeniu wskazał przyczyny, które uniemożliwiły mu uzyskanie poświadczenia należytego wykonania prac. Przedstawione przez Leon Internet sp. z o.o. przyczyny są uzasadnione i mają charakter obiektywny. W ocenie Izby, złożone oświadczenie, wobec obowiązujących przepisów prawa, należy uznać za potwierdzające wykonanie prac.

W ocenie Izby bezzasadny jest zarzut Odwołującego, że oświadczenie Leon Internet sp. z o.o. nie potwierdza należytego wykonania usługi wskazanej w wykazie prac złożonym przez Przystępującego. W treści oświadczenia wskazano, że Leon Internet sp. z o.o. uprawniony był do wydania i przedłożenia Zamawiającemu stosownego oświadczenia o należyтым wykonaniu usług. Należy podkreślić, że celem wystawienia tego dokumentu miało właśnie być potwierdzenie należytego wykonania prac. Dokument ten został zatem wystawiony celem potwierdzenia należytego wykonania usług. Tym samym, w ocenie Izby, przedstawiono w tym zakresie wymagane potwierdzenie.

W ocenie Izby, podniesiona okoliczność, że w treści wykazu wpisano jako odbiorcę usług podmiot Leon Internet sp. z o.o., nie zaś wszystkich odbiorców, nie ma wpływu na wynik

postępowania. Nie jest bowiem sporne, że podmiot Leon Internet sp. z o.o. świadczy usługi na rzecz co najmniej 100 podmiotów.

Izba uznała także za bezzasadny zarzut, że oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1a do SIWZ, tabela A pkt 11 oraz tabela 4 pkt 12, Zamawiający wymagał, aby oferowany komputer spełniał wymogi normy Energy Star 5.0.

Zamawiający określił, że wymaga wpisu dotyczącego oferowanego modelu komputera w internetowym katalogu Energy Star.

Jednocześnie, zgodnie z Rozdziałem XIII pkt 3 lit. b) SIWZ, Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy i usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego do oferty należy dołączyć m.in. *„wszelkie certyfikaty, świadectwa, gwarancje i inne dokumenty dotyczące oferowanego sprzętu i oprogramowania, jeśli tak postanowiono w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1a do SIWZ.”*

Wobec braku przedstawienia w ofercie wymaganego dokumentu przez Przystępującego, Zamawiający wezwał tego wykonawcę do jego złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący jako uzupełnienie przedstawił certyfikat Intertek Testing Services N.A. Inc., z którego treści wynika, że oferowane urządzenia spełniają wymogi Energy Star 6.0.

W ocenie Izby, Przystępujący potwierdził więc spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca powinien przedstawić dokumenty, z których wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przystępujący przedstawił taki dokument. Nie jest to wprawdzie dokument, jakiego zgodnie z literalną treścią SIWZ wymagał Zamawiający, jednakże potwierdza on obiektywnie, że Wykonawca spełnia wymagania techniczne. W ocenie Izby, brak spełnienia formalnego wymogu, nie może skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykluczeniu podlega wykonawca, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu Przystępujący wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tym samym brak jest podstaw do wykluczenia tego wykonawcy.

Dodatkowo Izba zauważa, że w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wprost nie nazwał dokumentu, jaki Przystępujący powinien złożyć.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut bezzasadnego zaakceptowania przez Zamawiającego wyjaśnień oraz uzupełnień dokonanych przez Przystępującego w zakresie parametru

rozdzielczości zaoferowanego przez tego wykonawcę monitora, pomimo, że – zdaniem Odwołującego – treść oferty Przystępującego w tym zakresie nie odpowiada wymogom SIWZ.

W wyniku wezwania z dnia 22 maja 2014 r. do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą, Przystępujący przedstawił wydruk z testu BAPCO SYSmark dla komputera DELL Optiplex 9020 SFF. Z treści tego dokumentu wynika, że Wykonawca ten oferuje monitor zgodny z wymaganiami Załącznika nr 1a do SIWZ, wiersz 7 tabeli A, a więc monitor o rozdzielczości 1600 x 900.

Izba zauważa, że art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost umożliwia wykonawcom uzupełnianie dokumentów złożonych w postępowaniu, jeżeli przedstawione dokumenty zawierają braki lub nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro tak, to oznacza to, że ustawodawca przewiduje możliwość wystąpienia sytuacji, w której pierwotnie złożone dokumenty nie będą potwierdzać zgodności oferty z treścią SIWZ, a zgodność ta może zostać potwierdzona po przeprowadzeniu procedury uzupełniania dokumentów. Dopiero w przypadku, gdy uzupełnione przez wykonawcę dokumenty nadal nie będą potwierdzać zgodności oferty z treścią SIWZ, zasadnie może zostać postawiony zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ.

W niniejszej sprawie z treści oferty Przystępującego (tj. tabeli parametrów oferowanego produktu) wynika, że zaoferował on wymagane przez Zamawiającego monitory o rozdzielczości 1600 x 900. Ponieważ dodatkowo złożone wydruki testów załączone do oferty Przystępującego nie potwierdzały spełnienia tego parametru w formie wymaganej przez Zamawiającego, Zamawiający prawidłowo wezwał Przystępującego do złożenia takiego dokumentu. Dokument potwierdzający spełnienie tego parametru, Przystępujący złożył po wezwaniu Zamawiającego. Przedstawiony po wezwaniu Zamawiającego dokument w postaci wydruku z testu BAPCO SYSmark, po pierwsze, spełnia formalny wymóg Zamawiającego w zakresie rodzaju dokumentu, który potwierdzać ma parametr rozdzielczości monitorów. Po drugie, zawartość merytoryczna tego dokumentu potwierdza spełnienie przez oferowane przez Przystępującego komputery DELL Optiplex 9020 SFF, parametru rozdzielczości monitorów.

Mając powyższe na uwadze, powyższy zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się także zarzut Odwołującego związany z prędkością obrotową dysków w komputerach oferowanych przez Przystępującego.

W celu potwierdzenia spełnienia wymogów w zakresie prędkości obrotowej dysku, Zamawiający wymagał przedstawienia wydruku z testu BAPCO SYSmark dla oferowanych komputerów o parametrach i konfiguracji zgodnych z zaoferowanymi. W treści swojej oferty

Przystępujący zaoferował komputery o wymaganej przez Zamawiającego prędkości obrotowej dysku, wynoszącej 7.200 rpm. Ponieważ jednak załączony do oferty Przystępującego wydruk testu dotyczył dysku o prędkości 5.400 rpm, Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia wymaganego dokumentu. W wyniku uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, Przystępujący przedstawił wydruk z testu BAPCO SYSmark dla komputera DELL Optiplex 9020 AIO, z treści którego wynika, że prędkość obrotowa oferowanego dysku to 7.200 rpm (dysk ST500DM002-1BD142). Tym samym przedstawiony wydruk potwierdza spełnienie wymogów Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, zarzut w przedstawionym nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający w sytuacji, gdy stwierdzi, że przedstawione dokumenty zawierają braki lub nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, jest zobowiązany wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyżej wskazano, że tak właśnie postąpił Zamawiający. Trudno zatem uznać, żeby uzupełnione przez Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wydruki z testu BAPCO SYSmark dla komputera DELL Optiplex 9020 SFF oraz komputera DELL Optiplex 9020 AIO, mogły zostać uznane za zmianę treści oferty, tym bardziej, że już w treści oferty Wykonawca ten wskazywał, że oferuje monitor o rozdzielczości 1600x900 pikseli oraz prędkości obrotowej dysku 7200 Rpm. Przystępujący, w wyniku działania Zamawiającego podjętego zgodnie z wymogami ustawy Prawo zamówień publicznych, uzupełnił dokumenty załączone przez siebie do oferty. Takie działanie, wprost przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie doprowadziło do zmiany treści oferty Przystępującego. Działanie takie nie może zostać także uznane za przejaw niedozwolonych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym, skoro ustawa Prawo zamówień publicznych wprost nakłada na Zamawiającego obowiązek zastosowania procedury uzupełniania dokumentów, przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy. Nie można zatem uznać, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do kwestii zintegrowanej karty graficznej Intel HD Graphics, Izba ustaliła, że zgodnie z treścią Załącznika nr 1a do SIWZ, wiersz 6 tabeli A (GRAFIKA), a także wiersz 6 tabeli nr 4 (GRAFIKA), Zamawiający wymagał, aby grafika była zintegrowana z procesorem. W treści oferty Przystępującego znalazły się rozbieżne informacje, tj. informacja o karcie

graficznej Intel HD Graphics 4600 oraz informacja o karcie graficznej Intel HD Graphics 4400.

Ponieważ w treści SIWZ brak było wymogu odnośnie konkretnego rodzaju karty graficznej, a konfiguracja procesora Core i3 z kartą graficzną HD Graphic 4600 nie znajduje się w ofercie producenta Intel, Zamawiający uznał za wiążące dokonane przez Przystępującego uzupełnienia.

Izba uznała stanowisko Zamawiającego za prawidłowe, zwłaszcza wobec faktu, że Przystępujący przedstawił oświadczenie producenta Dell sp. z o.o., z którego wynikało, że zaoferowane komputery są wyposażone w procesory Intel i3-4130 i posiadają zintegrowaną kartę graficzną Intel HD4400. Potwierdza to także przedstawiony w trakcie rozprawy przez Przystępującego wydruk ze strony producenta procesorów Intel, z którego wynika zintegrowanie procesora Intel i3-4130 tylko z kartą graficzną Intel HD4400. Izba zauważa, że oferta wykonawcy powinna być analizowana jako całość. Z treści oferty Przystępującego wynika, że rodzaj zaoferowanej karty graficznej podawany był przez Przystępującego w kilku miejscach jego oferty.

Odwołujący postawił także zarzut, że zaoferowane przez Przystępującego monitory marki Dell nie spełniają wymogów SIWZ w zakresie wielkości przekątnej matrycy monitora. Zgodnie z SIWZ, przekątna ta wynosić miała co najmniej 19,5". Zdaniem Odwołującego, zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niespełnienia tego wymogu oznaczało także naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, gdyż Odwołujący podniósł, że inni wykonawcy także mogliby zaoferować monitor o nominalnej przekątnej matrycy monitora 19,5", a rzeczywistej przekątnej mniejszej, co pozwoliłoby im obniżyć wartość ich ofert.

Powyzsze zarzuty Odwołującego nie znalazły potwierdzenia.

Przede wszystkim podnieść należy, że Odwołujący przedstawił w trakcie rozprawy jako dowód wyliczenia własne, które miały potwierdzać, że zaoferowane przez Przystępującego monitory nie spełniają wymogów Zamawiającego w zakresie przekątnej monitora ekranu. Należy zauważyć że przedstawione przez Odwołującego wyliczenia, które miały wskazywać na rzeczywistą wielkość matrycy monitorów marki Dell, bazowały wyłącznie na danych katalogowych tych monitorów. Dokonując tych wyliczeń, Odwołujący nie dokonał własnych pomiarów o odpowiedniej dokładności. Niespełnienia wymogu wielkości przekątnej monitora nie dowodzi powołana przez Odwołującego jako dowód w sprawie opinia dr Andrzeja Niemca. W treści tej opinii brak jest stwierdzenia, że monitor Dell model 2014H posiada przekątną mniejszą niż wymagane przez Zamawiającego 19,5". Autor opinii wskazuje, że przy katalogowych wymiarach monitora firmy Dell, przekątna monitora może zmieniać się w granicach od 19,31 do 19,58", ze średnią 19,45". Jednakże treść tej opinii nie pozwala na

bezsporne przyjęcie, że monitory, jakie zaoferował Przystępujący, mają przekątną mniejszą niż 19,5". Co więcej, z treści opinii wynika, że monitory te mogą przekraczać wymagany przez Zamawiającego parametr minimalnej przekątnej monitora i parametr ten wynosić może 19,58". Analogiczne wnioski wynikają z przedstawionej przez Odwołującego jako dowód w sprawie „oceny parametrów technicznych i funkcjonalności monitorów Dell” sporządzonej przez Stowarzyszenie Elektryków Polskich. Także z tej oceny wynika, że przekątna monitorów zaoferowanych przez Przystępującego może wahać się od około 19,32" do około 19,58". Zawarte w tej opinii stwierdzenie, że około 80% monitorów będzie miało przekątną mniejszą od wymaganej, czyli mniejszą niż 19,5", nie przesądza, że monitory, które dostarczy Przystępujący, nie będą osiągać tego parametrów. Zgodnie z przyjętym w tej opinii rozumowaniem, istnieje 20% prawdopodobieństwo, że monitory te spełnią ten parametr. Niezgodność oferowanych urządzeń z treścią SIWZ powinna być wykazana, a nie jedynie uprawdopodobniona.

Ponadto jak wynika z oświadczenia producenta monitorów Dell sp. z o.o., ulotki, karty katalogowe i materiały marketingowe dotyczące monitora Dell E2014H wskazują na różne wartości wielkości matrycy i są one spowodowane błędem w opisie technicznym. Z oświadczenia tego wynika, że faktyczny rozmiar pola widzenia matrycy monitora Dell E2014H wynosi 19,5", a więc monitor ten spełnia wymogi SIWZ. Zasadne jest zatem uznanie, że przeprowadzając wyliczenia, Odwołujący dysponował nieprecyzyjnymi danymi wyjściowymi, które nie pozwalały na wyliczenie rzeczywistej wielkości matrycy monitorów. Okoliczność tę potwierdza także przedstawione przez Przystępującego oświadczenie Dell sp. z o.o., który potwierdza, że zaoferowane monitory spełniają wymaganą przez Zamawiającego daną matrycy 19,5".

Jednakże nawet w przypadku, gdyby uznać, że wyliczenia przeprowadzone przez Odwołującego zawierają prawidłowe dane wyjściowe i ich wynik jest prawidłowy, to także nie potwierdzają one zarzutu Odwołującego. Z wyliczeń tych wynika bowiem, że Odwołujący założył możliwość wystąpienia pewnej tolerancji wymiarów matrycy monitorów, w zakresie długości i szerokości tej matrycy, wnoszącej +/- 0,08". W efekcie, wyliczona przez Odwołującego przekątna matrycy, waha się od 19,32" do 19,58". Jednocześnie Odwołujący podniósł, że posłużenie się przez niego pojęciem statystycznym rozkładu normalnego, pozwoliło mu na ustalenie, że ~84% monitorów będzie posiadało wielkość przekątnej matrycy poniżej 19,5".

Odnosząc się do tych twierdzeń Odwołującego należy po pierwsze zauważyć, że przedstawione przez Odwołującego kalkulacje nie zawierają uzasadnienia zastosowania wskazanej metody statystycznej oraz dokładnego wyjaśnienia, na czym ona polega. Tym samym kalkulacje te nie poddają się weryfikacji. Po drugie, nawet gdyby uznać, że kalkulacje te są prawidłowe, to i tak wynika z nich, że ~16% monitorów posiadać będzie matryce o

przekątnej powyżej 19,5", a więc spełniającej wymogi SIWZ. Brak jest przesłanek pozwalających na przyjęcie, że skoro statystycznie rzecz biorąc więcej monitorów nie spełnia wymogów SIWZ (co wynikać ma z wyliczeń Odwołującego), to w tym konkretnym przypadku monitory zaoferowane przez Przystępującego należą do tej większości. Większe prawdopodobieństwo niespełnienia wymogów SIWZ nie oznacza pewności, że wymogi te nie zostały spełnione. Brak jest podstaw do uznania, że należy domniemywać, że monitory zaoferowane przez Przystępującego nie spełniają wymogów SIWZ. Niezgodności z SIWZ nie można domniemywać. Niezgodność ta powinna zostać wykazana, a nie jedynie uprawdopodobniona.

Skoro więc Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący zaoferował monitory nie spełniające wymogów SIWZ, to niezasadny był także zarzut nierównego traktowania wykonawców. Przystępujący potraktowany został bowiem tak jak pozostali wykonawcy, którzy w zakresie parametru wielkości przekątnej matrycy monitora, zaoferowali monitory zgodne z wymogami SIWZ.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....