

**WYROK**  
z dnia 13 czerwca 2016 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2016 r. przez wykonawcę

**S&T Services Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 21d, 02-676 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Polską Agencję Żeglugi Powietrznej ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Net-o-logy Sp. z o.o. ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Polską Agencję Żeglugi Powietrznej i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez S&T Services Polska Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej na rzecz S&T Services Polska Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, 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 – Polska Agencja Żeglugi Powietrznej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „system do centralnego backupu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 lutego 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 027-43439. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – S&T Services Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec:

1. wyboru oferty Net-o-logy Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. zaniechania odrzucenia ofert: Net-o-logy Sp. z o.o., Sevenet S.A., IBC Group Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o., co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez:
  - a) Net-o-logy Sp. z o.o. – zaferowanie wkładki SFP niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia,
  - b) Sevenet S.A. – zaferowanie wkładki SFP niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia,
  - c) IBC Group Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o. – zaferowanie wkładki SFP niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia oraz poprzez wypełnienie w nieprawidłowy sposób formularza cenowego,
3. zaniechania pełnego odtajnienia formularza cenowego wyjaśnień Net-o-logy Sp. z o.o. oraz pełnego odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Net-o-logy Sp. z o.o., co narusza art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pomimo iż informacje zastrzeżone przez Net-o-logy Sp. z o.o. nie spełniają przesłanek niezbędnych dla możliwości zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
4. zaniechania odrzucenia oferty Net-o-logy Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, mimo iż złożone wyjaśnienia potwierdzają, iż cena oferty zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także art. 89 ust. 1 pkt

3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Net-o-logy Sp. z o.o., pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu świadczenia usług poniżej rzeczywistych kosztów,

5. prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy, co narusza art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

6. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. odrzucenia ofert: Net-o-logy Sp. z o.o., Sevenet S.A., IBC Group Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o.,
3. pełnego odtajnienia formularza cenowego oraz wyjaśnień Net-o-logy Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny co do zaoferowanych przez Net-o-logy Sp. z o.o. cen,
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że w punkcie 6, 7 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, iż wykonawcy mają dostarczyć wkładkę SFP+ Cisco SFP-10G-SR – 8 szt. oraz wkładkę SFP-RJ45 Cisco GLC-T – 10 szt. Zgodnie zaś z treścią punktu 2.2. Istotnych Postanowień Umowy wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia sprzętu zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy, przy czym załącznikiem tym jest opis przedmiotu zamówienia.

Z porównania treści formularzy cenowych 4 wykonawców, którzy zaoferowali najniższą cenę: Net-o-logy Sp. z o.o., Sevenet S.A., IBC Group Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o. oraz Odwołującego wynika, iż jedynie Odwołujący zaoferował wkładki SFP producenta Cisco zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Z treści wypełnionego formularza cenowego Sevenet S.A. oraz z treści odtajnionej części formularza cenowego Net-o-logy Sp. z o.o. wynika wprost, iż nie zaoferowali oni wymaganej przez Zamawiającego Wkładki SFP+ Cisco SFP-10G-SR, zaś wkładkę firmy Goldlight o nazwie: SFP+10G, Multimode 850nm, 300m, working with Cisco Compatible with SFP+ Cisco SFP-10G-SR i numerze seryjnym GPP-85192-SRC oraz zamiast wymaganej przez Zamawiającego wkładki SFP-RJ45 Cisco GLC-T wkładkę o nazwie: SFP with Port Eth Electric RJ45 working with Cisco, Compatible with SFP-RJ45.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani w treści odpowiedzi na pytania wykonawców nie znajdują się postanowienia, które pozwalałyby na dostarczenie urządzeń, które mogłyby być kompatybilne, równoważne do wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia wkładek producenta Cisco. Potwierdza to zaoferowanie przez Sevenet S.A. i Net-o-logy Sp. z o.o. sprzętu niezgodnego z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wymóg dotyczący dostarczenia konkretnych wkładek firmy Cisco wiąże się z tym, że oryginalne moduły SFP będące częścią składową urządzenia sieciowego objęte są wsparciem serwisowym producenta dla tego urządzenia i przejmują jego wsparcie. Dzieje się tak wyłącznie w przypadku oryginalnych modułów znajdujących się na odpowiedniej liście wspieranych części dla danego urządzenia. Moduły, które nie znajdują się na takiej liście (moduły firm trzecich) nie podlegają usługom wsparcia producenta tych urządzeń. Co więcej, urządzenie po zainstalowaniu modułu spoza listy wspieranych części, w zależności od umowy serwisowej, może stracić całkowicie wsparcie. Wpłynąć to może w sposób negatywny na działanie wszystkich systemów korzystających z takiej infrastruktury poprzez zmniejszenie ich funkcjonalności i jakości pełnionych usług. Zatem w przypadku wkładek Cisco wymaganych przez Zamawiającego nie można mówić o kompatybilności wkładek innych producentów.

Z treści formularza cenowego IBC Group Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o. wynika, że nie wypełnił on wszystkich pól wymaganych przez Zamawiającego w postaci nazwy, typu i modelu oferowanych urządzeń. Informacje te niewątpliwie stanowią treść oferty i jako takie nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający bezpodstawnie nie odtajnił całości formularza cenowego wyjaśnień Net-o-logy Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny. Jedną z naczelnych zasad zamówień publicznych jest jawność postępowania, a zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi jedynie wyjątek od tej zasady. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, nie później niż w terminie składania ofert, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto to Zamawiający powinien badać skuteczność zastrzeżenia nie podstawie informacji, które posiadał w wyżej wskazanym terminie. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy

warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenie jawności oferty wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uznanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia za skuteczne stanowi rażąco naruszenie nie tylko zasady jawności postępowania, ale także zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Net-o-logy Sp. z o.o. w treści uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnił jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazał, iż podstawą faktyczną utajnienia części oferty jest to, iż „...określone, utajnione wyjaśnienia Net-o-logy zawierają szczegółowy opis sposobu zrealizowania przedmiotowego zamówienia, obrazujący sposób „rozłożenia” przez Oferenta kosztów związanych z wykonaniem przez Oferenta niniejszego zamówienia. Opis oferowanego przez Net-o-logy rozwiązania jest dedykowany do Zamawiającego, ma charakter organizacyjny, stanowiący własność intelektualną firmy między innymi w zakresie doboru kadry, organizacji wewnętrznej i zasad świadczenia na specjalnych warunkach. Sam ten fakt przemawia za tym, iż element ten podlega ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż opracowanie to jest autorskim utworem stworzonym na potrzeby tego postępowania, niepowtarzalnym i wymagającym wkładu intelektualnego pracowników Wykonawcy. Jeżeli Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu formularza Cenowego za wyjątkiem cen jednostkowych oraz podjął decyzję o odtajnieniu wyjaśnień wykonawcy dotyczących rażąco niskiej ceny z wyjątkiem informacji dotyczących cen, w tym „Zakup USD” to biorąc pod uwagę choćby samo powyżej przytoczone uzasadnienie faktyczne nie sposób stwierdzić, iż informacja na temat zaoferowanych cen jednostkowych stanowi choćby własność intelektualną w zakresie doboru kadry, organizacji wewnętrznej i zasad świadczenia na specjalnych warunkach. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, które spełniają wszystkie przesłanki wymagane dla zastosowania wyjątku ograniczającego zasadę jawności postępowania. Podkreślenia wymaga fakt, iż żaden z 4 wykonawców z najlepszą ceną, z wyjątkiem Net-o-logy Sp. z o.o., nie zastrzegł formularza cenowego, co pokazuje prawdziwe intencje zastrzeżenia tego dokumentu, w celu utrudnienia weryfikacji prawidłowości wskazanych w formularzu cenowym i wyjaśnieniach cen jednostkowych.

Net-o-logy Sp. z o.o. zobowiązany był złożyć dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Nieuprawnione jest wyłączenie jawności informacji zawartych w formularzu cenowym i wyjaśnieniach, w zakresie, w jakim zawierają one informacje, które nie spełniają łącznie wszystkich przesłanek zastrzeżenia ich jako tajemnicy

przedsiębiorstwa. Nie mogą podlegać zastrzeżeniu między innymi informacje publicznie dostępne lub powszechnie znane ani informacje, które nie stanowią o przewadze konkurencyjnej Net- o-logy Sp. z o.o. ani nie przedstawiają wartości gospodarczej.

Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 1.566.000 zł netto, kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 1.926.000 zł. W postępowaniu złożono 5 ofert z cenami: Net-o-logy Sp. z o.o. 1.095.783,63 zł, Sevenet S.A. 1.474.242,33 zł, S&T Services Polska Sp. z o.o. 1.596.294,00 zł, IBC Group Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o. 1.537.500,21 zł, Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. 2.056.703,34 zł.

Oferta Net-o-logy Sp. z o.o. jako jedyna ma cenę znacznie odbiegającą od pozostałych i stanowi około 74% procent ceny następnej w kolejności oferty, 53% ceny oferty najdroższej i 56 % szacunkowej wartość zamówienia powiększonej o podatek VAT. Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosi 1.552.104,70 zł brutto.

Wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny było uzasadnione.

W treści wezwania do złożenia przez Net-o-logy Sp. z o.o. wyjaśnień Zamawiający wprost stwierdził, iż cena oferty wykonawcy wydaje się rażąco niska cena w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, 2) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, 3) kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy, 4) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Net-o-logy Sp. z o.o. w żaden sposób nie ustosunkowało się do treści żądania Zamawiającego przedstawiając jako treść swoich wyjaśnień jedynie stworzoną przez siebie tabelę cenową, która różni się *de facto* od treści złożonego przez wykonawcę formularza cenowego tym, iż została wskazana dodatkowa kolumna „Zakup USD” oraz w poz. 15. krótkimi wyczerpującymi dla pozycji wdrożenia systemu; ponadto Net-o-logy Sp. z o.o. wskazało, iż cena oferty została skalkulowana w oparciu o ofertę z firmy S4E – autoryzowanej, oficjalnej dystrybucji Huawei i Commvault w Polsce.

Zamawiający w treści swojego pisma wskazał, iż „dowodami mogą być wszelkiego rodzaju zaświadczenia, informacje wytworzone przez podmioty niezależne od Wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach) i inne wpływające na

cenę, które odróżniają Państwa ofertę od konkurencji, a także szczegółowe założenia przyjęte przez Państwa do kalkulacji.” Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów pochodzących od niezależnych od wykonawcy podmiotów, a także nie wskazał, jakie szczegółowe założenia poczynił, które potem zostały przyjęte do kalkulacji.

Bezsprzecznie przedstawienie oferty firmy S4E można by uznać za dowód choćby na prawdziwość informacji podanych w kolumnie „Zakup USD”, jednakże brak przedstawienia takiej oferty powoduje, iż *de facto* wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny Net-o-logy są kalką informacji zawartych w formularzu cenowym.

Przy ocenie wyjaśnień Zamawiający powinien poddać je bardzo wnikliwej analizie. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przede wszystkim powinien ustalić, czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1. Nie każde bowiem pismo może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie, jak wynika to z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjaśnienia lakoniczne, ogólnikowe, niezawierające informacji dotyczących czynników przysługujących indywidualnie wykonawcy, a pozwalających na obniżenie ceny, winny być uznane za niezłożone lub co najmniej takie, w których wykonawca nie sprostął wspomnianemu ciężarowi dowodu wykazania rzetelności zaoferowanej ceny.

Oceniając wyjaśnienia zamawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki i wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy. Przyjmuje się także, że na gruncie obecnych przepisów niezbędnym elementem wyjaśnień jest kalkulacja kosztów wykonania zamówienia. Trudno uznać, iż przedstawiona przez Net-o-logy Sp. z o.o. tabelka zawiera szczegółową analizę wskazanych w treści wyjaśnień kosztów, w tym w szczególności przyjętą wartość oraz z czego owa wartość wynika.

Wyjaśnienia nie mogą ograniczać się tylko do twierdzeń, lecz powinny być poparte dowodami. Szczególnie dowody te są wymagane, jeżeli o poziomie określonych kosztów nie decyduje sam wykonawca, lecz zobligowany jest on do zakupu określonych dóbr czy usług od podmiotów trzecich stosujących określone zasady wyceny, i których cena w ogóle nie jest lub w istotny sposób nie jest zależna od jakichkolwiek czynników indywidualnych przynależnych danemu wykonawcy, a zaoferowana cena znacznie od tego poziomu wspólnego dla wszystkich wykonawców odbiega. Złożenie dowodów należy uznać za niezbędne także wówczas, gdy wskazuje na to Zamawiający w treści wezwania.

Zamawiający powinien badać wyjaśnienia nie wyłącznie sumując podane w nich wartości kosztów, ale także zweryfikować realność poczynionych założeń decydujących o ich poziomie, w tym co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności niezbędnych do wykonania w ramach przedmiotu zamówienia.



W przedmiotowym postępowaniu Net-o-logy Sp. z o.o. zaoferowało sprzęt i oprogramowanie za cenę niższą, niż cena, za które sam je nabędzie. Zaoferowanie ceny sprzętu i oprogramowania poniżej rzeczywistych kosztów doprowadzi do uzyskania zamówienia przez Net-o-logy Sp. z o.o. i utrudni, a wręcz uniemożliwi innym wykonawcom realizację zamówienia.

## II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, iż wszystkie oferty spełniają jego wymagania. Nie zależało mu, aby zaoferowano wkładki konkretnie firmy Cisco, lecz mogły być odpowiedniki. Nie chciał także serwisu Cisco, wskazał oznaczenie Cisco jako rodzaj technologii, a nie konkretny produkt z nazwy, nie podawał *part numberu* urządzenia. Dopuszczył wszystkie urządzenia technologicznie kompatybilne i wszystkie zaoferowane urządzenia spełniają jego wymogi. Co do utraty gwarancji, to obowiązuje ona do września i skończy się przed zakończeniem realizacji zamówienia. Poza tym z samego pisma Odwołującego z 9 czerwca 2016 r. wynika, że zastosowanie innych wkładek nie powoduje utraty gwarancji. Poza tym w piśmie z 9 czerwca 2016 r. Cisco stwierdza, że nie istnieją wkładki kompatybilne, a jednocześnie samo Cisco w informacji zwartej na swojej stronie przytoczonej w piśmie Odwołującego wskazuje, że można używać komponentów innych producentów.

Przedmiotem zamówienia jest back-up, natomiast wkładki są tylko dodatkowe i są zamawiane na inne potrzeby Zamawiającego, nie są też związane z bezpieczeństwem ruchu lotniczego. Do tego nie wiadomo, czy zostaną one zastosowane właśnie w urządzeniach Cisco, ponieważ Zamawiający posiada urządzenia różnych producentów i będzie je wykorzystywał według potrzeb.

Z ofert, w tym Odwołującego, nie wynika, czy są oferowane wkładki Cisco, czy też nie, ponieważ zastosowane oznaczenia literowe i cyfrowe nie wskazują na konkretny produkt, ale na rodzaj urządzenia (chodzi o brak podania *part numberu* danego producenta).

Zamawiający ujawnił wszystkie wyjaśnienia oprócz cen, otrzymał informację od dystrybutora dotyczącą cen.

Otrzymane przez Zamawiającego wyjaśnienia go zadawalają, a wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami. Z otrzymywanych informacji wynika, że niektórzy wykonawcy skarżą się, iż mają gorsze ceny, ponieważ nie zgłosili się jako pierwsi. Wskazane przez wykonawców w kolumnie „nazwa” określenie to nazwa, a nie *part number*. Zwraca uwagę, że cena w ofercie wykonawcy Sevenet S.A. jest jak za oryginalny produkt Cisco, nie można więc powiedzieć, że Cisco jest 4 razy droższe.

### III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (treść dokumentów) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Istotą sporu w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności ofert Net-o-logy Sp. z o.o. oraz Sevenet S.A. jest interpretacja postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia o treści: „wkładka SFP+ Cisco SFP-10G-SR” oraz „wkładka SFP-RJ45 Cisco GLC-T”. W opisie tym Zamawiający użył bowiem nazwy producenta (Cisco), a nie dopuścił jednocześnie produktów równoważnych.

Zgodnie z wymogiem art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający, co nie było sporne, opisując wkładki SPF (kilkukrotnie w ten sam sposób) odniósł się do konkretnej nazwy producenta – firmy Cisco, a jednocześnie wskazaniu temu nie towarzyszyły wyrazy „lub równoważny”, w żadnym innym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie wskazał też, choćby ogólnie, że produkty równoważne dopuszcza. Faktycznie Zamawiający zażądał więc produktów firmy Cisco, o czym jednoznacznie świadczy użycie owej nazwy. Zdaniem Izby nie jest też konieczne podanie *part numberu* danego produktu, wskazanie na pochodzenie od danego producenta już identyfikuje ten produkt właśnie jako produkt tego producenta.

Jednocześnie Izba podziela zdanie Odwołującego, że z opisu tego nie wynika, iż chodziło o produkty „takie jak Cisco”, „kompatybilne z Cisco” lub tym podobne. Nie wydaje się jej również przekonujące twierdzenie, że nazwy danego producenta używa się (i użyto tu) wyłącznie dla określenia rodzaju produktu. Owszem, istnieje pewna liczba wyrazów powszechnego użytku pochodzących od nazw firm, jak np. „adidas” czy „termos”, jednak nie jest to ten przypadek, a Izba, wbrew twierdzeniom strony zamawiającej, nie słyszała o zwyczaju, aby w branży informatycznej stosowano nazwy jednego producenta dla określenia produktów innego producenta.

Rację ma również Odwołujący w tym zakresie, że art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest skierowany do zamawiającego na etapie tworzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast, niezależnie od ewentualnych „potknięć” zamawiającego w tym zakresie, obowiązkiem wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z brzmieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a konsekwencją niewypełnienia tego obowiązku jest odrzucenie oferty – wynika to wprost z art. 82 ust. 3 („treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych („zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”).

Wykonawcy nie mogą z własnej inicjatywy modyfikować ani „poprawiać” specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nawet jeśli uważają, że powinna ona brzmieć inaczej. Naczelną zasadą jest bowiem to, aby wszyscy wykonawcy składali oferty w jednakowych warunkach – opisanych właśnie specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W przeciwnym wypadku – gdyby wykonawcy mogli sami zmieniać wymagania opisu przedmiotu zamówienia – naruszona zostałaby właśnie uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców.

Zarówno spółka Net-o-logy Sp. z o.o., jak i spółka Sevenet S.A. w pozycji „wkładka SFP+ Cisco SFP-10G-SR” zaoferowały „SPF+10G, Multimode 850nm, 300 m, working with Cisco Compatible with SPF+ Cisco SFP-10G-SR”, a w pozycji „wkładka SFP-RJ45 Cisco GLC-T” zaoferowały „SPF with port Eth Electric RJ45 working with Cisco Compatible with SPF-RJ45 Cisco GLT-C”. Nie było sporne, iż powyższe opisy oznaczają inne wkładki niż wkładki produkcji Cisco.

W niniejszym przypadku nie zachodzi możliwość poprawienia w ofercie producenta oferowanych wkładek w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3, zatem oferty Net-o-logy Sp. z o.o., i Sevenet S.A. podlegają odrzuceniu.

Jak wskazano podczas rozprawy, wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, są dystrybutorami produktów Cisco, zatem pomimo wskazanej powyżej wady specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającej na posłużeniu się nazwą producenta Cisco, nie można stwierdzić, by postanowienie to było dla niech utrudnieniem w złożeniu oferty lub ograniczyło uczciwą konkurencję. Tym samym zdaniem Izby nie zachodzi okoliczność opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania – jednak kwestia ta nie była objęta zarzutami i leży poza rozstrzygnięciem Izby.

W zarzucie dotyczącym oferty złożonej przez IBC Group Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że wykonawca ten nie podał nazwy, typu i modelu wkładek SPF, pomimo że Zamawiający wymagał wskazania tych informacji.

Rzeczywiście w przygotowanym przez Zamawiającego wzorze tabeli formularza cenowego znajdują się kolumny o nazwach: „opis”, „nazwa”, „typ”, „model”. IBC Group Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o. nie wypełniło kolumn „nazwa”, „typ”, „model”, natomiast w kolumnie „opis” znajduje się opis sporządzony przez Zamawiającego „wkładka SFP+ Cisco SFP-10G-SR” oraz „wkładka SFP-RJ45 Cisco GLC-T”. Wykonawca ten przygotował też dokumenty o nazwach: „Specyfikacja techniczna” lub „Specyfikacja techniczna oferty”, w której opisał oferowane produkty (jakkolwiek, według Izby, nie odnoszą się one akurat do przedmiotowych wkładek).

Nie ulega wątpliwości, że ofertą jest cały zestaw dokumentów zawierających merytoryczną treść oferty, a więc nie tylko formularza ofertowego czy formularza cenowego, lecz także innych dokumentów opisujących przedmiot oferty. Wymagane przez Zamawiającego informacje mogą więc być zawarte w dowolnym miejscu oferty, pod warunkiem, że będą one wystarczająco czytelne, aby wskazywały, co takiego konkretnie zaoferował wykonawca. Jednocześnie określenie oferowanego produktu (jego identyfikacja, najczęściej poprzez nazwę, model czy producenta) nie jest informacją, którą – co do zasady – można uzupełnić czy poprawić, gdyż identyfikuje ona oferowany produkt, a jej zmiana jest zmianą istotną (co do zasady).

W złożonej ofercie IBC Group Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o. co prawda nie wypełnił kolumn formularza cenowego „nazwa”, „typ”, „model” – co do większości pozycji zostały one zastąpione opisem zawartym w specyfikacjach technicznych. W przypadku spornych wkładek kolumny „nazwa”, „typ”, „model” również nie zostały wypełnione, lecz w kolumnie „opis”, której wykonawca nie zmienił, znajdują się nazwy „wkładka SFP+ Cisco SFP-10G-SR” i „wkładka SFP-RJ45 Cisco GLC-T”. jak wskazano powyżej, zdaniem Izby, opisy te wskazują jednoznacznie na rodzaj wkładki (Cisco). Tym samym – w braku wskazania odmiennego produktu – powyższą treść oferty można interpretować jedynie jako to, że wykonawca ten zaoferował powyższe wkładki firmy Cisco. Należy zresztą zwrócić uwagę, że podobnie tabelę wypełnił Odwołujący, który co prawda w kolumnie „nazwa” wskazał „SPF-10G-SR” i „SPF-RF45”, lecz nie identyfikują one oferowanego produktu bardziej niż opis z kolumny „opis”, który jest najbardziej kompletny.

Poza tym, jeśli w kwestii tej pozostałyby jakiegokolwiek wątpliwości, Zamawiający ma możliwość ich wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego w chwili obecnej, Izba nie widzi podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy IBC Group Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę Net-o-logy Sp. z o.o., Izba uznała, że zarzut potwierdził się częściowo. Oczywiście jest, że złożony wraz z ofertą formularz cenowy nie zawiera informacji, które można by uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa i które tym samym mogłyby podlegać utajnieniu. Z kolei złożone przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnienia (tabela zawierająca wyliczenia) w dużej mierze powielają informacje zawarte w tym formularzu cenowym, które są jawne. Tym samym nie można zastrzec jako tajemnicę informacji, które już wcześniej były jawne – kolumn: „opis”, „cena jednostkowa netto”, „wartość netto”, „wartość brutto”.

Natomiast tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić informacje dotyczące ceny nabycia poszczególnych produktów od producenta, dystrybutora czy usługodawcy, czyli koszt „zakupu USD” i jego przeliczenie na PLN, a także załączona oferta dystrybutora S4E S.A. – co do tego rodzaju informacji, jeśli ceny kształtowane są indywidualnie, co do zasady nie ma wątpliwości, że mają one dla danego podmiotu wartość gospodarczą.

Natomiast co do zarzutu wystąpienia w ofercie Net-o-logy Sp. z o.o. rażąco niskiej ceny, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych argumentów, z jakich powodów cena ta jest nierealna, czy też oznacza zaoferowanie produktów i usług poniżej ceny zakupu. Głównym przedmiotem oferty jest dostawa oprogramowania i sprzętu, także z usługą wsparcia. Wykonawca w ramach wyjaśnień poziomu ceny przedstawił ofertę dystrybutora S4E S.A. zawierającą ceny poszczególnych produktów. Bez podważenia wiarygodności tej oferty, trudno podważyć też wiarygodność oferty Net-o-logy Sp. z o.o.

Odwołujący co prawda miał utrudnioną sytuację ze względu na to, że do oferty tej nie miał dostępu (została ona objęta tajemnicą przedsiębiorstwa), nie oznacza to jednak, że zupełnie nie musiał przedstawić żadnego uzasadnienia swojego zarzutu. Podobnie jeśli chodzi o ciężar dowodu wskazany art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych – to, że leżał on po stronie Przystępującego, a w dalszej kolejności Zamawiającego, nie oznacza, że Odwołujący w ogóle zwolniony jest od konieczności przedstawiania argumentacji czy dowodów na poparcie swojego zarzutu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 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:** .....