

**WYROK**

**z dnia 30 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek**

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018r. przez wykonawcę wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzkie Centrum Szpitalne Kotliny Jeleniogórskiej w Jeleniej Górze**

przy udziale wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie zamawiającego

orzeka:

1) **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Wojewódzkiemu Centrum Szpitalnemu Kotliny Jeleniogórskiej z siedzibą w Jeleniej Górze unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponowienie czynności badania i oceny ofert.**

2) **W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**

3) **Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**

3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**

3.2. **zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kwotę 11 100 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Wojewódzkie Centrum Szpitalne Kotliny Jeleniogórskiej prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017r., poz. 1579 ze zm.; dalej „ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Usługa polegająca na świadczeniu na rzecz Zamawiającego usług telekomunikacyjnych z zakresu telefonii stacjonarnej wraz z dostawą, montażem, uruchomieniem i dzierżawą cyfrowej centrali telefonicznej dla potrzeb Wojewódzkiego Centrum Szpitalnego Kotliny Jeleniogórskiej*”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 stycznia 2018 r. pod nr 500041-N-2018.

Zamawiający w dniu 1 sierpnia 2018 r. przesłał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

W dniu 6 sierpnia 2018 r. wykonawca - Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Odwołujący”), wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj. od:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej oferty,
- b) zaniechania odtajnienia i udostępnienia dokumentów zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- c) zaniechania czynności wykluczenia Przystępującego oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie odtajnienia informacji i dokumentów zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnicę przedsiębiorstwa, mimo że wykonawca ten sam odtajnił informację objętą tajemnicą przedsiębiorstwa,
- b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo że wykonawca ten w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące oferowanego urządzenia,

c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu produktu niedostępnego w ofercie producenta,

d) zarzut naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Netia z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący w związku z tak postawionymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oferty; dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Przystępującego; odtajnił dokumenty zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa i udostępnił je Odwołującemu; dokonał czynności wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu oraz dokonał czynności odrzucenia oferty Przystępującego.

Odwołujący uzasadniając zarzut pierwszy wskazał, iż naczelną zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, a art. 8 ust. 3 Pzp nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Odwołujący wskazał, iż Przystępujący przedstawiając uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał na dwa zakresy:

- opis urządzeń (który de facto dotyczy nazwy zaoferowanej centrali) oraz
- informacji o podwykonawcach.

Jednocześnie podkreślił, iż Przystępujący „w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą ujawnił stronom oraz uczestnikom postępowania informację o producencie i modelu zaoferowanego urządzenia”. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu dokumentów obejmujących nazwę producenta i model sprzętu, w szczególności pełnej treści załącznika nr 10 B.

W zakresie zarzutu drugiego Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ w załączniku nr 10B Formularz Cenowy w ostatniej kolumnie Zamawiający żądał wyszczególnienia producenta, nazwy własnej, oraz wszystkich numerów katalogowych zaoferowanego produktu z rozbiciem na elementy składowe na które składa się całość systemu. Zamawiający w sposób szczególny podkreślił, że w kolumnie „Producent, nazwa własna, numer katalogowy należy wpisać wszystkie numery katalogowe zaoferowanego produktu” należy rozpisać i ująć wszystkie niezbędne elementy wchodzące w skład kompletu. Tym samym wszyscy wykonawcy zobowiązani byli podać wszystkie niezbędne dane

umożliwiający w sposób jednoznaczny zidentyfikowanie oferowanego produktu i jego konfigurację (wskazanie wszystkich elementów zestawu). Z informacji uzyskanych przez Odwołującego Przystępujący zaofertował Zamawiającemu centralę określoną jako: „Platan Libra PRO”, tj. produkt niedostępny w ofercie tego producenta. Odwołujący wskazał, iż jedynym produktem zawierającym podobną nazwę jest urządzenie „Platan Libra”, które jednak nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że praktyką stosowaną niemal od początku istnienia firmy PLATAN jest zakrojona na szeroką skalę polityka informacyjna o wszystkich swoich produktach (również tych najnowszych), a informacje techniczne, szczegóły produktowe i nowinki z portfolio Producenta skrupulatnie wysyłane są do wszystkich dystrybutorów i zamieszczane na stronie internetowej Producenta. Również dokumentacje Techniczno-Rozruchowe są dostępne po zalogowaniu do strefy serwisowej dla autoryzowanych partnerów i dystrybutorów Producenta niemal od momentu wdrożenia nowego produktu na rynek. Odwołujący jako oficjalny Instalator Producenta PLATAN mając dostęp do najnowszych produktów, dokumentacji technicznych, technologii i aktualizacji oferowanych central z całą stanowczością potwierdza brak dostępnej na rynku Centrali która jest oferowana przez Przystępującego, a brak wiedzy o tym produkcie u wszystkich znanych nam dystrybutorów PLATANA potwierdza fakt oferowania produktu nieistniejącego na rynku, którego nazwa została stworzona przez Przystępującego tylko i wyłącznie na potrzeby obecnego postępowania przetargowego.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, iż Przystępujący świadomie przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, które mają wpływ na wynik postępowania, co skutkować powinno wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzut trzeci Odwołujący stwierdził, iż zaofertowanie Zamawiającemu centrali opisanej jako "Platan Libra PRO", w sytuacji gdy żaden dystrybutor tego producenta nie posiada jakichkolwiek informacji o takiej centrali stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem oraz dobrymi obyczajami, ponieważ wykonawca ten de facto oferuje Zamawiającemu sprzęt niespełniający wymagań SIWZ, opatrzony jedynie zmienioną nazwą, które nie występuje w ofercie producenta. Jednocześnie Odwołującego wskazał, że Przystępujący aby spełnić wymóg Zamawiającego: „obsługa min 1000 portów linii wewnętrznych analogowych z Funkcją CLIP FSK” zamierza dostarczyć dwie złączone / zlinkowane centrale Platan Libra (ze standardowej oferty producenta, nazywając je rzekomo nowym produktem Platan Libra Pro). Dostarczenie dwóch central z dwoma niezależnymi jednostkami sterującymi, płytami głównymi, zasilaczami, procesorami itp. - jest niezgodne z wymaganiami SIWZ, a linkowanie / sieciowanie tych central oraz komunikacja między nimi odbywać się będzie po protokole IP. Ponadto dwie centrale traktowane jako jedna stwarzają ryzyko większej awaryjności obciążenia ich podzespołów oraz niezgodności w komunikacji między nimi a abonentem i błędów w pozostałych funkcjach oczekiwanych przez

Zamawiającego odnośnie funkcjonalności centrali i jej ewentualnej rozbudowy. Firma PLATAN nie stworzyła jeszcze w swojej historii Centrali obsługującej 1000 linii wewnętrznych analogowych i z uzyskanych przez niego informacji nie zamierza tego robić, a dostarczane produkty firmy PLATAN, które obsługują taką liczbę abonentów polegają właśnie na połączeniu dwóch central tego samego typu dając pozorną świadomość klientowi, iż jest to jeden system telekomunikacyjny z pożądaną liczbą portów analogowych wewnętrznych. Dwie centrale połączone ze sobą nie stanowią jednego systemu w rozumieniu autonomii systemu Telekomunikacyjnego, a takie działanie Przystępującego niewątpliwie stanowi o złożeniu oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ wskazał, iż Przystępujący nie określił wszystkich elementów wchodzących w skład zestawu. Wyjaśnił, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ w załączniku nr 10 B Formularz Cenowy w ostatniej kolumnie Zamawiający żądał wyszczególnienia producenta, nazwy własnej, oraz wszystkich numerów katalogowych zaoferowanego produktu z rozbiciem na elementy składowe na które składa się całość systemu. Zamawiający w sposób szczególny podkreślił, że w kolumnie „Producent, nazwa własna, numer katalogowy należy wpisać wszystkie numery katalogowe zaoferowanego produktu” należy rozpisać i ująć wszystkie niezbędne elementy wchodzące w skład kompletu. Tym samym wszyscy wykonawcy zobowiązani byli podać wszystkie niezbędne dane umożliwiające w sposób jednoznaczny zidentyfikowanie oferowanego produktu i jego konfigurację (wskazanie wszystkich elementów zestawu). Zauważył, iż z uzyskanych przez niego informacji Przystępujący zaoferował Zamawiającemu centralę określoną jako: „Platan Libra PRO”. Jednakże, w jego ocenie, biorąc pod uwagę objętość ww. kolumny w zakresie obu dzierżawionych central, nie ma możliwości aby Przystępujący podał wszystkie elementy składowe zaoferowanych centrali wraz z podaniem numerów katalogowych. Tym samym Odwołujący stwierdził, że treść ww. oferty nie odpowiada treści SIWZ, a zatem zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp powinna ona zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Kolejnym argumentem, który w ocenie Odwołującego świadczył o tym, iż treść oferty Przystępującego nie jest zgodna z SIWZ była okoliczność zaoferowania dwóch połączonych centrali. Wskazał, iż z treści SIWZ wynika, że Zamawiający żądał w odniesieniu do każdej z lokalizacji zaoferowania jednej centrali telefonicznej. Natomiast w ocenie Odwołującego, Przystępujący aby spełnić wymóg Zamawiającego: „obsługa min 1000 portów linii wewnętrznych analogowych z funkcją CUP FSKH zamierza dostarczyć dwie złączone / zlinkowane centrale Platan Libra (ze standardowej oferty producenta, nazywając je rzekomo nowym produktem Platan Libra Pro). Dostarczenie dwóch central z dwoma niezależnymi

jednostkami sterującymi, płytami głównymi, zasilaczami, procesorami itp. - jest niezgodne z wymaganiami SIWZ, a linkowanie / sieciowanie tych central oraz komunikacja między nimi odbywać się będzie po protokole IP.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią SIWZ wykonawcy zobowiązani byli m.in. do potwierdzenia spełnienia wymogów technicznych wymienionych w załączniku 1C do SIWZ. W ofercie wykonawcy Netia nie znajduje się potwierdzenie spełnienia powyższych wymagań, ponieważ wykonawca ten do swojej oferty w ogóle nie załączył tego formularza podpisanego przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy. Mając na uwadze powyższe z uwagi na brak załącznika 1C do SIWZ w treści oferty Netia, oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu stwierdził, iż postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy, a oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza spełnia wszystkie wymagania SIWZ.

W czasie posiedzenia niejawnego Krajowej Izby Odwoławczej z udziałem stron w dniu 28 sierpnia 2018 r. Przystępujący złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i uczestników postępowania oraz dowody złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ część zarzutów potwierdziła się.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

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 niezyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia – Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Izba zważyła:**

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że wbrew stanowisku Przystępującego, w świetle obecnej linii orzeczniczej Izby uwzględniającej stanowisko sądów okręgowych oraz Sądu Najwyższego, w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych należy dopuścić możliwość wnoszenia odwołań na zaniechanie ujawnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Podkreślić bowiem należy, iż pomimo braku w przepisach art. 180 ust. 2 Pzp ujęcia kwestii dotyczących możliwości wnoszenia odwołań na zastrzeżenie przez wykonawców w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa, to jednak mając na względzie fakt, że prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może mieć istotny wpływ na prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty, uznała za zasadne rozpatrzenie tego zarzutu. Uwzględniając interpretację Sądu Najwyższego wskazanego w uchwale z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17 wskazać należy, że wybór najkorzystniejszej oferty nie może być utożsamiany z ostatnią czynnością w sekwencji następujących po sobie działań Zamawiającego, lecz winien uwzględniać czynności badania i oceny ofert złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto SN stwierdził, że "wyliczenie przez ustawodawcę w art. 180 ust. 2 p.z.p. czynności zamawiającego podlegających zakwestionowaniu odwołaniem nie musi oznaczać istotnego ograniczenia dostępności odwołania jako środka prawnego w sprawach o udzielenie zamówień podprogowych, niewątpliwie natomiast porządkuje przebieg tych postępowań i przez to usprawnia je, gdyż osoby zamierzające zakwestionować działania zamawiającego korzystają z uprawnień do wniesienia odwołania w odniesieniu do czynności finalizujących pewne etapy postępowania. Ocena czynności zamykających takie etapy postępowania przed zamawiającym jako legalnych bądź nielegalnych wymaga jednak uwzględniania działań i zaniechań zamawiającego, które zadecydowały o ostatecznym kształcie czynności będącej w świetle art. 180 ust. 2 p.z.p. samodzielnym przedmiotem zaskarżenia w odwołaniu". W świetle powyższego stanowiska niewątpliwym jest, że dostępność wykonawców do informacji, wyjaśnień, dokumentów przedstawionych Zamawiającemu przez innych wykonawców, jest jedyną możliwością na zakwestionowanie treści oferty konkurencyjnego wykonawcy, a ponadto może przyczynić się do prawidłowego wyboru oferty, która w sposób obiektywny jest najkorzystniejsza.

Tym samym skład orzekający podzielił stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z 22 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 272/18 oraz z dnia 10 maja 2018r., sygn. akt KIO 783/18.

W konsekwencji powyższego Izba rozpatrzyła powyższy zarzut i uznała, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp jest zarzutem spóźnionym.

Wskazać należy, iż Odwołujący dwukrotnie zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie i udostępnienie mu oferty Przystępującego. Pierwszy raz w dniu 16 lutego 2018r.



W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający w piśmie z dnia 21 lutego 2018 r. poinformował, iż nie odtajnia oferty ww. wykonawcy.

Następnie w dniu 13 czerwca 2018 r. Odwołujący ponownie wystąpił do Zamawiającego o przekazanie mu załączników do protokołu, tj. oferty Netia i korespondencji prowadzonej z tym wykonawcą oraz protokołów komisji przetargowej dotyczącej badania oferty tego wykonawcy. Odwołujący powoływał się na nowe okoliczności sprawy, tj. na ujawnienie przez Przystępującego nazwy oferowanej centrali.

Zamawiający w dniu 20 czerwca 2018 r. poinformował Odwołującego, iż możliwe jest udostępnienie tylko i wyłącznie informacji ujawnionych przez Przystępującego.

Przyjąć zatem należy, skoro Zamawiający nie udostępnił po zaistnieniu nowych okoliczności Odwołującemu w dniu 20 czerwca 2018 r. oferty Przystępującego to stwierdzić należało, że Odwołujący zarzut zaniechania udostępnienia mu oferty Przystępującego mógł skutecznie podnieść w terminie do 25 czerwca 2018 r.

Izba wyjaśnia ponadto, iż podniesienie spóźnionego zarzutu w ramach odwołania z dnia 6 sierpnia 2018 r. nie skutkuje odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp jedynie ze względu na inne podniesione w odwołaniu, z zachowaniem ustawowych terminów, zarzuty.

**Odnosząc się kolejno do zarzutów dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Izba uznała, iż zarzuty te nie zasługiwały na uwzględnienie.**

Izba ustaliła, iż Przystępujący, co wynika z akt postępowania przetargowego zaoferował w postępowaniu centralę producenta PLATAN, model PABX Server Libra PRO, tj. produkt dostępny w ofercie producenta firmy PLATAN. Powyższe urządzenie spełniało wymóg dostawy 1 centrali obsługującej minimum 1000 portów linii wewnętrznych analogowych z funkcją CLIP FSK". Centrala jak wynika z oświadczenia pełnomocnika Przystępującego, będącego przedstawicielem firmy PLATAN została przygotowana specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania przetargowego i nie jest ona dostępna do sprzedaży seryjnej, jednakże taki produkt faktycznie istnieje. Powyższa okoliczność znajduje także potwierdzenie w przedłożonej przez Przystępującego Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (dalej: DTR) centrali.

W konsekwencji ustalenia, iż zaoferowany przez Przystępującego produkt istnieje nie sposób uznać, iż Przystępujący przedstawił Zamawiającemu w postępowaniu jakiegokolwiek informacje wprowadzające w błąd i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu. W konsekwencji skład orzekający Izby stwierdził, iż zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp wskazać należy, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wymagane jest wystąpienie dwóch elementów w działaniu wykonawcy: czyn musi być niezgodny z prawem lub dobrymi obyczajami oraz musi on naruszać lub zagrażać interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jak już wyżej wskazano Przystępujący zaoferował urządzenie dostępne w ofercie producenta – firmy PLATAN oraz urządzenie zgodne z wymaganiem Zamawiającego, aby dostarczyć 1 centralę obsługującą minimum 1000 portów linii wewnętrznych analogowych z funkcją CLIP FSK. W związku z powyższym powyższe działanie, nie wypełniało przesłanki określonej w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj. nie było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie nie zagrażało interesowi nie tylko innych przedsiębiorców ale przede wszystkim Zamawiającemu.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba stwierdziła, iż niezasadny okazał się również zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie zaoferowania dwóch połączonych centrali.

**Izba za zasadny uznała natomiast zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z brakiem określenia przez Przystępującego wszystkich elementów wchodzących w skład zestawu.**

**Izba ustaliła:**

Zamawiający wymagał, aby w załącznik 10B do SIWZ stanowiącym Formularz cenowy („B”) w 11 kolumnie tabeli wykonawcy podali: „Producenta, nazwę własną, numer katalogowy, należy wpisać wszystkie numery katalogowe zaoferowanego produktu”. Pod tabelą z adnotacją „UWAGA” znajdowała się informacja, iż należy rozpisać i ująć wszystkie niezbędne elementy wchodzące w skład kompletu.

Przystępujący w kolumnie 11 wpisał: producenta, tj. firmę PLATAN oraz nazwę własną: PABX Server Libra PRO.

**Izba zważyła:**

Wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 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, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji

dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Podkreślić trzeba, że z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia Zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

Skład orzekający stwierdził, iż wbrew wymaganiom SIWZ Przystępujący nie podał w ofercie wszystkich informacji o oferowanym rozwiązaniu, istotnych dla oceny jego zgodności z SIWZ. Nie sposób zgodzić się ponadto ze stanowiskiem Przystępującego, że nie miał obowiązku podania takich informacji w ofercie z uwagi na okoliczność, iż producent centrali - firma PLATAN nie stosuje numeracji kart katalogowych. Skoro Zamawiający żądał podania w ofercie nazwy producenta, nazwy własnej oraz numerów katalogowych, to oczywiste jest, że oczekiwał danych identyfikujących i konkretyzujących wszystkie oferowane urządzenia, w celu uzyskania informacji pozwalających na dokonanie weryfikacji urządzenia pod kątem jego zgodności z SIWZ. Ponadto wskazać należy, iż Zamawiający nie oczekiwał podania numeru karty katalogowej lecz numeru katalogowego, czyli unikalnego numeru przypisanego do konkretnego produktu, który pozwala na jednoznaczną identyfikację produktu, a także każdego wariantu. Jak bowiem słusznie zauważył Odwołujący każde urządzenie składa się z wielu modułów, elementów, które pozwalają na różne jego konfiguracje, nie zawsze zgodne z wymogami SIWZ. Ponadto wskazać należy, iż nawet gdyby uznać, że rzeczywiście firma PLATAN nie stosuje numerycznego oznaczenia towarów, to jak wskazywał Odwołujący stosuje ona oznaczenia sprzętu umożliwiające jego jednoznaczną identyfikację. Zauważyć ponadto należy, iż Zamawiający oczekiwał również rozpisania i ujęcia w kolumnie wszystkich niezbędnych elementów wchodzących w skład kompletu. Przystępujący jak już wyżej wskazano podał w tej kolumnie jedynie nazwę producenta i nazwę własną produktu.

Izba nie podzieliła również stanowiska Przystępującego, że z uwagi na fakt, iż oferowany produkt jest stworzony specjalnie na potrzeby tego postępowania i nie posiada on swojej karty katalogowej, to powyższe wpłynęło na brak możliwości podania numerów katalogowych. Wskazać po pierwsze należy, że jakkolwiek SIWZ nie zabraniała zaoferowania rozwiązań

dedykowanych, to po pierwsze, informacja o tym powinna znaleźć się w treści oferty, po drugie natomiast Odwołujący miał obowiązek rozpisania wszystkich niezbędnych elementów które wchodzi w skład kompletu. Brak podania powyższych elementów i brak szczegółowego opisanie części z których zbudowana będzie centrala umożliwiłoby Przystępującemu dowolną konfigurację sprzętu już po terminie składania ofert, a więc w czasie kiedy oferty innych wykonawców są jawne.

Tym samym Izba uznała, iż zarzut Odwołującego w tym zakresie zasługiwał na uwzględnienie.

**Izba za zasadny uznała również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z niezłożeniem przez Przystępującego załącznika 1C wraz z ofertą.**

Wskazać należy, iż Zamawiający w rozdziale IX w punkcie 5 zawarł wykaz pozostałych dokumentów, jakie wykonawcy muszą (podkreśl. Izby) dostarczyć w złożonych ofertach. Zgodnie z punktem 5.1. SIWZ miał to być zaakceptowany formularz szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 i uzupełniony : załącznik nr 1 a), załącznik nr 1 b), załącznik nr 1 c) do SIWZ).

W rozdziale XVI pkt 5 Zamawiający wskazał, iż oferta powinna zawierać wszystkie wymagane dokumenty, oświadczenia, załączniki i inne dokumenty, o których mowa w treści niniejszej specyfikacji

Izba stwierdziła, iż w przywołanym postanowieniu SIWZ Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek złożenia wraz z ofertą załączników 1a, 1b oraz 1c tj. załączników umożliwiających wykazanie spełniania przez oferowane urządzenie wymogów technicznych w tym tych szczegółowo określonych w załączniku 1C, pozwalających na dokonanie stosownej weryfikacji oferowanej centrali telefonicznej względem wymagań Zamawiającego. Nie było sporne między stronami, że Przystępujący nie złożył w ofercie powyższego dokumentu. Istotnym także okazał się fakt, że Przystępujący w żadnym miejscu swej oferty nie ujawnił Zamawiającemu informacji na temat danych objętych tym załącznikiem.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Izba uznała, iż załącznik 1c nie podlegał uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. *Przepis ten stanowi, iż jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.* Izba uznała, iż załącznik 1c, w tym stanie faktycznym i na gruncie konkretnych

postanowień SIWZ nie mógł zostać zakwalifikowany jako dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba uznała, że dokumenty żądane przez Zamawiającego w pkt 5 ppkt 5.1. SIWZ, na tle tak sformułowanych postanowień specyfikacji nie służyły jedynie potwierdzeniu spełniania przez zaoferowany przedmiot wymagań Zamawiającego. Dokumenty te (załącznik 1a, 1b oraz 1c) indywidualizowały przedmiot oferty, określając zakres zobowiązania oferenta. Nie można było ich zatem kwalifikować jedynie jako dokumenty "potwierdzające", że przedmiot oferty spełnia określone wymagania w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. W tej konkretnej sprawie dokumenty te stanowiły ofertę sensu stricto, wyznaczając jej ścisłą merytoryczną treść i dookreślającą przedmiot zobowiązania oferenta. Podkreślenia wymagało także, że Zamawiający, oczekiwał ujawnienia zakresu zobowiązania wykonawcy już na etapie ofertowania. Zamawiający oczekiwał bowiem złożenia tych dokumentów już w ofercie, a nie dopiero w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wraz z ofertą załączniki muszą zostać złożone. Powyższe uniemożliwiało Zamawiającemu zakwalifikowanie tych dokumentów jako podpadających pod dyspozycję art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp i w konsekwencji skierowanie do Przystępującego wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W tej sytuacji przyjęcie dozwolenia możliwości wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia treści oferty poprzez dołączenie do oferty brakującego załącznika 1c oznaczałoby przyzwolenie na manipulowanie treścią oferty w zakresie oferowanego urządzenia po terminie składania ofert. Przystępujący miałby bowiem pełną swobodę w określeniu, co tak de facto oferuje Zamawiającemu. Powyższe jest istotne również z uwagi na fakt, iż Przystępujący w załączniku 10B nie podał Zamawiającemu żadnych informacji co do konfiguracji centrali, czy też z jakich elementów składowych się składa. W tej sytuacji konstruowanie przedmiotu oferty przez Przystępującego odbywałoby się już przy pełnej znajomości ofert konkurencyjnych, co naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp, a także zakaz modyfikacji ofert po terminie ich składania, wynikający z art. 87 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, że braki w ofercie Przystępującego nie podlegały- jako stanowiące treść oferty uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Takie działanie Zamawiającego godziło w zasadę równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z postanowieniem zawartym w rozdziale IX, pkt 5 ppkt 5.1 SIWZ oraz ppkt 5.2.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

**Sygn. akt KIO 1567/18**

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....