

Sygn. akt: KIO 2429/12

Sygn. akt: KIO 2440/12

WYROK

z dnia 20 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Izabela Niedziałek – Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2012 r. przez **Odwoływających:**

A. w sprawie o sygn. akt: KIO 2429/12 - "Matic" Sp. z o.o., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,

B. w sprawie o sygn. akt: KIO 2440/12 - Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Izba Celna w Łodzi, ul. Lodowa 97, 93-232 Łódź,

przy udziale **Wykonawców:**

A. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2429/12, po stronie Zamawiającego S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa,

B. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2440/12, po stronie Zamawiającego "Matic" Sp. z o.o., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa;

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu odtajnienie dokumentów w zakresie wykazu wykonanych dostaw (1 str.) oraz protokołu wydania produktów (1 str.) w ofercie wykonawcy S&T Services Polska sp. z o.o., jak również nakazuje dokonanie czynności poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy Comparex Poland Sp.

z o.o. w formularzu ofertowym w przedmiocie ilości dni i ilości osób do przeszkolenia, zgodnie z ostatnią modyfikacją SIWZ.

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Izba Celna w Łodzi, ul. Lodowa 97, 93-232 Łódź, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołujących**:

A. w sprawie o sygn. akt: KIO 2429/12 - "Matic" Sp. z o.o., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,

B. w sprawie o sygn. akt: KIO 2440/12 - Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Izba Celna w Łodzi, ul. Lodowa 97, 93-232 Łódź, na rzecz **Odwołującego** - w sprawie o sygn. akt: KIO 2429/12 - "Matic" Sp. z o.o., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) oraz na rzecz **Odwołującego** - w sprawie o sygn. akt: KIO 2440/12 - Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisów od odwołań oraz wynagrodzeń pełnomocników.

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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Izba Celna w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „I faza budowy i wdrożenia platformy sprzętowo-programowej Systemu Informacyjnego Służby Celnej realizowanej w ramach projektu INFRA.” w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 września 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S 184-302490.

W ocenie Odwołującego Matic sp. z o.o. czynność Zamawiającego polegająca na ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty oraz nieodrzuconiu oferty podlegającej odrzuceniu zgodnie z przepisami narusza przepisy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie zasady prowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S&T Services Polska Sp. z o.o., zwanej dalej S&T, mimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ obowiązującym w Postępowaniu, podczas gdy oferta taka winna podlegać odrzuceniu z mocy przepisu prawa, art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp w związku z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S&T mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na działaniu sprzecznie z prawem i dobrymi obyczajami, co zagraża interesom Zamawiającego poprzez zaoferowanie mu rozwiązania nie tylko niespełniającego warunków określonych w SIWZ ale również narażającego go świadomie na naruszanie warunków licencyjnych producentów oferowanego oprogramowania, art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia pełnej treści oferty wykonawcy S&T, a w szczególności wykazu dostaw i usług potwierdzających spełnianie przez S&T warunków udziału w Postępowaniu mimo iż informacje zastrzeżone w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ewentualnie art. 87 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści złożonej przez S&T oferty poprzez wyjaśnienie, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie S&T w zakresie wykazu dostaw i usług potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w rzeczywistości dotyczy informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa S&T.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzenie ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę S&T, w tym przeprowadzenie badania zasadności utajnienia wykazów dostaw i usług potwierdzających

spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, a w razie uzania, iż nie zachodzą przesłanki do uznawania ich za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa do ich odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu, odrzucenie oferty S&T na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako nie odpowiadającej treści SIWZ oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

I. Odwołujący podniósł, iż wykonawca S&T zaoferował w ofercie niewystarczającą ilość licencji Microsoft SQL Server dla środowiska Vmware vCenter Server, co powoduje, iż oferta ta jest niegodna z treścią SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wskazał, iż oprogramowanie wymienione w pozycji (wierszu) 4 na stronie 7 formularza ofertowego S&T wymaga do działania bazy danych SQL. Wykonawca S&T w swojej ofercie zaproponował zastosowanie dostarczanej wraz z VMware vCenter Server bazy danych Microsoft SQL Server 2008 R2 Express. Konfiguracja serwerowa zaoferowana przez S&T na stronach 14 i 15 oferty zawiera 11-hostów ESXi. Zgodnie z dokumentem dotyczącym sposobu przygotowania środowiska vCenter na stronie 192 zostało określone, że dostarczana wraz z vCenter Server baza danych może zostać użyta dla środowiska nie przekraczającego 5-hostów ESXi i 50 maszyn wirtualnych. Zgodnie z dokumentacją zaproponowane przez S&T rozwiązanie nie jest wspierane przez producenta. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w dokumencie „INFRASIWZZAL_A_SOPZ_12_20120718.pdf” na stronie nr 30 Rozdział 11 Systemy Infrastrukturalne, podpunkt 11.6 Zamawiający wymagał, aby Wykonawca zastosował taką technologię wirtualizacji serwerów oraz poszczególnych komponentów wchodzących w skład rozwiązania, aby parametry tego rozwiązania było nie gorsze od parametrów wyspecyfikowanych w wymaganiach Projektów Infrastruktury Technicznej komponentów SISC Technicznej Architektury Referencyjnej i było ono wspierane przez producentów.

Zdaniem Odwołującego, rozwiązanie zaproponowane przez S&T jest niezgodne z wymaganiami SIWZ, z uwagi na możliwy skutek w postaci braku wsparcia technicznego producentów oprogramowania w przypadku jakiegokolwiek usterki, gdyż zaproponowana konfiguracja jest niewspierana przez producentów zaoferowanych przez S&T komponentów, a także z uwagi na niezgodny z zasadami określonymi przez producenta sposób licencjonowania Vmware - zastosowanie bazy MS SQL Server 2008 R2 w wersji Express co jest niezgodne ze sposobem licencjonowania, a w przypadku jakiegokolwiek audytu dotyczącego ilości używanych licencji zostanie to wykazane jako nielegalne używanie i wykorzystanie powyższego oprogramowania. Zamawiający nabywając oferowane rozwiązanie od wykonawcy S&T narazi się na brak wsparcia technicznego producenta w przypadku jakiegokolwiek awarii czy usterki oferowanego rozwiązania, ale również

odpowiedzialność co najmniej cywilną w przypadku łamania zasad licencjonowania określonego przez producenta oprogramowania. W związku z tym, zdaniem Odwołującego, oferta S&T podlega odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

II. Odwołujący podniósł, że Wykonawca S&T zaoferował w ofercie klastrer wysokiej dostępności niezgodny z treścią SIWZ, w związku z powyższym oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami przedstawionymi w załączniku do SIWZ o nazwie "INFRA_SIWZ_ZAL_A_SOPZ_12_20120718.pdf" na str. 7 - Zamawiający wymagał aby funkcjonalność klastra wysokiej dostępności dla wirtualnych bloków architektonicznych była realizowana przez mechanizmy systemu wirtualizacji zasobów. Na stronach 14-15 oferty S&T w Sekcji F dla maszyn wirtualnych, które mają atrybut HA=tak (hermes2.pl.db.01, hermes2.pl.os.01, hennes2.pl.os.03, hermes2.pl.os.19, hermes2.pl.os.20, hermes2.pl.os.21, hermes2.pl.os.22), zostały zastosowane mechanizmy HA systemów operacyjnych: SUSE Linux Enterprise High Availability Extension oraz Microsoft Failover Cluster. W ocenie Odwołującego takie rozwiązanie jest niewystarczające i niezgodne z wymaganiami SIWZ gdyż zgodnie z zapisami SIWZ - definicją klastra niezawodnościowego, znajdującą się w dokumencie "INFRA SIWZ ZAL A SOPZ 12 20120718.pdf" na str. 7 powinny zostać wykorzystane mechanizmy systemu wirtualizacji zasobów, co jest wymagane i określone w definicji klastra niezawodnościowego wynikającej z SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że zarzut ten jest bezzasadny. Wskazał, że zaoferowane przez wykonawcę S&T środowisko wirtualizacyjne w postaci vSphere 5 oraz system vCenter 5 zawiera rozwiązanie wysokiej dostępności HA. Zgodnie z opisem zawartym na stronie internetowej producenta oprogramowania środowisko wirtualizacyjne spełnia wymagania zawarte w SIWZ - oprogramowanie będące przedmiotem zarzutu posiada rozwiązanie wysokiej dostępności HA.

III. W ocenie Odwołującego, zaoferowany przez wykonawcę S&T serwer HP Proliant BL465c Gen8 nie spełnia wymogów SIWZ określonych na stronie 30 załącznika do SIWZ "INFRA SOPZ ZAL_IV_ParametryTechniczneUrzadzenTeleinformaty.pdf".

Jak wskazał Odwołujący, wykonawca S&T w formularzu ofertowym na stronie 8 w *SEKCJA. B.1 Infrastruktura serwerowa - sprzęt* zaoferował serwer HP Proliant BL465c Gen8 z dwoma procesorami 8 core'owymi - AMD Opteron 6212. Zdaniem Odwołującego, Serwer HP Proliant BL465c Gen8 w zaproponowanej przez S&T konfiguracji posiada 16 rdzeni w związku z tym powinien zostać oznaczony w formularzu ofertowym jako serwer "C.PSR.B.X86.5 - 16 cCPU" (co oznacza 16 rdzeni) zamiast serwer "C.PSR.B.X86.3 - serwer 8 cCPU" (co oznacza 8

rdzeni).

Odwołujący podniósł, że zaoferowany serwer nie spełnia parametrów określonych w SIWZ dla serwera 16 rdzeniowego, wskazanymi na str. 30, tj.: serwer 16 rdzeniowy oznaczony "C.PSR.B.X86.5 - 16 cCPU" w zakresie procesorów musi posiadać "Minimum dwa procesory ośmiordzeniowe, szesnaście rdzeni na serwer osiągające w testach „SPECint rate2006 Baseline” wynik nie gorszy niż 340 (dla konfiguracji dwuprocessorowej)". Odwołujący wskazał, że zaproponowany serwer - HP Proliant BL465c Gen8 z 2 procesorami 8 rdzeniowymi AMD Opteron 6212 osiąga w powyższym teście wynik jedynie 252 punkty SPEC int rate 2006 Baseline, co jest wynikiem niewystarczającym do spełnienia postawionego wymogu (340). Ponadto Odwołujący podniósł, że zaproponowany serwer HP Proliant BL465c Gen8 (z dwoma procesorami AMD Opteron 6212) nie spełnia wymogu: możliwości rozbudowy do minimum 4 procesorów dla serwera "C.PSR.B.X86.5 - 16 cCPLH, gdyż nie pozwala na to fizyczna konstrukcja serwera. Tym samym Odwołujący zarzucił, iż oferta wykonawcy S&T podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ.

IV. Odwołujący wskazał okoliczność, iż Wykonawca S&T w ofercie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz dostaw i usług potwierdzający spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. W ocenie Odwołującego istnieje istotna obawa, iż zastrzeżone przez S&T informacje nie stanowią w rzeczywistości informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa, a zatem dokonane zastrzeżenie jest bezpodstawne.

Odwołujący wskazał także, iż Zamawiający zaniechał przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie zastrzeżonej przez wykonawcę S&T części oferty. Takie działanie Zamawiającego w sposób jaskrawy narusza przepisy Pzp, a w szczególności narusza zasady na jakich każde postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winno być prowadzone. W ocenie Odwołującego sam fakt zastrzeżenia przez wykonawcę informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności, gdy są to inne informacje niż wskazane wprost w Pzp, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku podjęcia odpowiednich kroków w celu ustalenia, czy dokonane zastrzeżenie jest zasadne i czy ma podstawy prawne wynikające z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie tylko zaniechał ujawnienia bezzasadnie zastrzeżonych informacji w ofercie S&T, ale również zaniechał przeprowadzenia w tym przedmiocie jakichkolwiek wyjaśnień, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby bezzasadny jest zarzut podniesiony przez Odwołującego (opisany pod numerem I), dotyczący niezgodności oferty Wykonawcy S&T z treścią SIWZ z uwagi na brak zapewnienia wystarczającego oprogramowania do obsługi zaoferowanych 11 hostów. Należy podnieść, że Odwołujący pominął fakt, iż wykonawca S&T przyjął w swojej ofercie sposób realizacji zamówienia, w którym założył możliwość wykorzystania różnych licencji, w tym wskazanej w sekcji A1 oferty, licencji vCenter Serwer w ilości 2 sztuk. Każda z nich zapewnia wsparcie nieograniczonej liczby hostów, przy założeniu wykorzystania 11 serwerów. Tym samym, wykonawca S&T zaoferował nie jedno, lecz kilka oprogramowań, które w określonych konfiguracjach mogą zabezpieczać realizację przedmiotu zamówienia. Zatem nie można uznać, aby oferta była niezgodna z wymaganiami SIWZ, w której Zamawiający nie wymagał konkretnej liczby hostów, pozostawiając Wykonawcom dowolny sposób realizacji zadania. Odwołujący nie wykazał, aby zaoferowane rozwiązanie nie spełniło wymagań SIWZ.

Oceniając zarzut niezgodności oferty Odwołującego S&T z treścią SIWZ z uwagi na brak zapewnienia przez tego wykonawcę rozwiązania wysokiej dostępności HA w pozycjach 1-4 (na stronie 14 oferty), Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego. Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie tabelę ze strony producenta oprogramowania, wskazującą, iż oprogramowanie Enterprise, które posiada rozwiązanie Ha (wysokiej dostępności). Izba ustaliła, że Wykonawca S&T w treści oferty, na stronie 14 (sekcja F) w tabeli w kolumnie zaoferował różne oprogramowania (w tym oprogramowanie Enterprise 2. Odwołujący nie zaprzeczył i nie przedstawił dowodu, aby oferowane oprogramowania w pozycjach (1-4) an stronie 14 oferty Wykonawcy S&T nie posiadały rozwiązań wysokiej dostępności HA. W świetle powyższego Izba uznała powyższy zarzut za nieuzasadniony.

W zakresie zarzutu (opisanego pod nr III) dotyczącego niezgodności oferty Odwołującego S&T z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego procesora, Izba ustaliła, iż Wykonawca S&T zaoferował komponent C.PSR.B.X86.3. Stosownie do wymagań SIWZ wykonawcy byli

zobowiązani zaoferować co najmniej jeden procesor ośmiordzeniowy (oceniany według parametrów wymienionych w tabeli 2.3.3), lub procesor 16 rdzeniowy, (zgodny z opisem komponentu C.PSR.B.X86.5), oceniany według wymagań z tabeli 2.3.5.

Wykonawca S&T zaoferował komponent ośmiordzeniowy, oznaczony symbolem C.PSR.B.X86.3 (2 sztuki), co wynika z treści oferty, w części dotyczącej opisu zaoferowanego procesora (strona 8 oferty). Dlatego też Zamawiający ocenił urządzenie według wymagań opisanych w tabeli dla procesora 8-rdzeniowego w konfiguracji dwuprocessorowej. Zaoferowanie minimum jednego procesora 8-rdzeniowego było w świetle wymagań SIWZ dopuszczalne. Zaoferowane urządzenie osiąga w testach wynik 252, co spełnia minimalne wymagania (t.j. wynik minimum 240) dla procesora ośmiordzeniowego w konfiguracji dwuprocessorowej, określone w tabeli 2.3.3. Należy zauważyć, że wykonawcy byli zobowiązani zaoferować serwer z możliwością rozbudowy do dwóch procesorów (w przypadku określonym w tabeli 2.3.3). Wykonawca zaoferował serwer z dwoma procesorami. Tym samym należało uznać, że skoro Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania procesora ośmiordzeniowego, to wykonawca oferując takie urządzenie, spełnił wymagania SIWZ, a Zamawiający uprawniony był do oceny tego urządzenia zgodnie z wymaganiami określonymi dla procesorów ośmiordzeniowych. Izba uznała, za nieprawdziwą okoliczność podnoszoną przez Odwołującego, że wykonawca S&T zaoferował jeden procesor 16-rdzeniowy. Odwołujący wywodził, że został zaoferowany właśnie taki procesor na podstawie zsumowania ilości rdzeni w zaoferowanych procesorach. Należy jednak podkreślić, że fakt zaoferowania przez Wykonawcę S&T dwóch procesorów ośmiordzeniowych nie oznacza, że został zaoferowany jeden procesor 16 rdzeniowy.

Odnosząc się do zarzutu nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy S&T (opisanego pod numerem IV), Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewni uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców.

Naczelną zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania, przewidziana w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 8 ust. 2 ustawy zawiera wyjątek od zasady jawności. Wprowadza ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Skorzystanie z możliwości odstąpienia od zasady jawności zostało ograniczone do przewidzianych w ustawie przypadków. Zatem, aby możliwe było ograniczenie naczelnej zasady jawności, należy ustalić, czy zachodzą okoliczności określone w ustawie. Tym samym Zamawiający, zobowiązany do prowadzenia postępowania w sposób zgodny z zasadami jawności i równego traktowania wykonawców, powinien ustalić, czy w określonym

przypadku zaistniały przesłanki uprawniające do skorzystania z możliwości odstąpienia od zasady jawności. Zatem, również w niniejszym postępowaniu, Zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp, w celu ustalenia czy załączony do oferty S&T wykaz dostaw i usług (potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i w zależności od wyniku postępowania wyjaśniającego podjąć decyzję co do odtajnienia przedstawionych dokumentów. Zamawiający nie wykazał, że przeprowadził postępowanie wyjaśniające co do zastrzeżenia w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów wykazu dostaw i usług świadczonych przez S&T. Trafny jest więc zarzut Odwołującego co do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści złożonej przez S&T oferty, w tym zaniechanie wyjaśnienia, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie S&T w zakresie wykazu dostaw i usług potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w rzeczywistości dotyczy informacji stanowiących tajemnicę tego wykonawcy S&T.

Należy podkreślić, iż zasada jawności jest naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy, którzy biorą udział w postępowaniu powinni mieć pełną świadomość co do konieczności zachowania jawności dokumentów załączanych do oferty. W sytuacji zaś, gdy dokumenty zostaną zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający będzie uprawniony do przeprowadzenia badania, czy konieczne jest zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa w określonym przypadku, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie narusza zasady jawności postępowania. Tym samym już na etapie składania ofert, Wykonawca powinien zarówno mieć możliwość, jak i liczyć się z obowiązkiem udowodnienia, że przedstawione informacje, dokumenty winny być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zasada ta tym bardziej dotyczy postępowania odwoławczego. W niniejszym postępowaniu Wykonawca S&T nie przedstawił dokumentów, które potwierdzałyby, iż zastrzeżone informacje zawarte w samym wykazie dostaw i usług, istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oczywistym jest, że przedsiębiorca, którego celem byłoby zachowanie w tajemnicy określonych informacji, podjąłby działania zmierzające do zapewnienia ochrony tym informacjom, aby w pełni ten cel zrealizować. Działania te miałyby określoną, rzeczywistą postać, np. postaci umownej klauzuli, zobowiązującej do nieujawniania informacji. W niniejszym przypadku, wykonawca S&T nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby uprawdopodobnić istnienie zastrzeżenia poufności takich informacji. Tym samym Izba nakazała Zamawiającemu w sentencji wyroku dokonanie czynności odtajnienia dokumentów w zakresie wykazu wykonanych dostaw (1 str.) oraz protokołu wydania produktów (1 str.) w ofercie wykonawcy S&T Services Polska sp. z o.o. Izba uznała, że na obecnym etapie postępowania nie można stwierdzić, iż odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy S&T (tj.

wykazu zrealizowanych usługi dostaw wraz z protokołem wydania produktów (1 str.)) nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Zatem należało uznać, że taka możliwość istnieje. Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, stąd niniejsze odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Sygn. akt: KIO 2440/12

UZASADNIENIE

Odwołujący COMPAREX Poland sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty Odwołującego z treści SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Comtegra sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie innych okoliczności faktycznych niż wskazane w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a tym samym zaniechanie wskazania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych na podstawie, których ww. oferta powinna zostać odrzucona, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, odrzucenie ofert złożonych przez S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Comtegra sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez S&T Services Polska sp. z o.o. Oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

I. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że „Formularz Ofertowy, w części II, Sekcja C „Szkolenia” zawiera zestawienie oferowanych

szkoleń, niezgodnie z wymaganiami SIWZ w przedmiocie ilości dni i ilości osób do przeszkolenia. Odstępstwo treści oferty od treści SIWZ nie może zostać zakwalifikowane jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, o czym stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.. W ocenie Odwołującego powyższa nieścisłość występująca w ofercie Odwołującego stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, która winna zostać przez Zamawiającego poprawiona w trybie art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ stanowi zatem w jego ocenie rażące naruszenie szeregu przepisów Pzp, zaś w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający wnosząc odpowiedź na odwołanie podniósł następującą argumentację: W ofercie Wykonawcy Comparex Poland sp. z o.o. nie znajdują się dane niezbędne do dokonania poprawienia omyłki. Zamawiający nie może dokonać zmian w ilości osób do przeszkolenia i zmian w minimalnej ilości dni, ponieważ nie zna ceny jednostkowej za przeszkolenie jednej osoby, przez jeden dzień. Ponadto rodzaj szkolenia (wykonawca w poz. 8 Formularza Ofertowego Sekcja C-szkolenia zaproponował szkolenie o: charakterze wewnętrznym a nie autoryzowane szkolenie produktowe) nie pozostaje bez wpływu na wartość szkolenia i wartość oferty i takich danych Zamawiający nie odnalazł w ofercie. Nie ma możliwości samodzielnego dokonania poprawy bez ingerencji wykonawcy wprowadzenia do treści oferty informacji z zewnątrz, a co jak wskazuje orzecznictwo jest niedopuszczalne.

II. W rozdziale 15 pkt 15.5 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącym załącznik A do SIWZ) Zamawiający wskazał wymagania ogólne dotyczące certyfikowanych szkoleń produktowych w tym m.in. wymóg, iż „Szkolenia muszą się odbywać w autoryzowanym przez producenta oprogramowania centrum szkoleniowym prowadzącym szkolenia certyfikowane. Ponadto, Wykonawca ma zapewnić uczestnikom szkolenia w formie papierowej autoryzowane materiały szkoleniowe obejmujące wymagany zakres szkolenia, a po zakończeniu każdego ze szkoleń Wykonawca zapewni imienne autoryzowane dyplomy ukończenia szkolenia, dla każdego uczestnika szkolenia.

Odwołujący wskazał, że z posiadanych przez niego informacji wynika, iż S&T nie jest autoryzowanym centrum szkoleniowym prowadzącym szkolenia certyfikowane (nie znajduje się na liście autoryzowanych ośrodków szkoleniowych). Zatem, biorąc pod uwagę fakt, iż wymagane przez Zamawiającego szkolenia mogą zostać zrealizowane wyłącznie w autoryzowanym ośrodku szkoleniowym i certyfikacyjnym producentów poszczególnych technologii, należy stwierdzić, iż szkolenia zaoferowane przez S&T nie spełniają określonych przez Zamawiającego wymagań. Wykonawca ten, przy realizacji tej części zamówienia mógł posłużyć się podwykonawcą - autoryzowanym centrum szkoleniowym jednakże z formularza

ofertowego zawartego w ofercie S&T (str. 3 oferty) wynika, iż wykonawca ten zamierza realizować przedmiot zamówienia samodzielnie (bez udziału podwykonawców).

Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez S&T jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zaniechanie przez Zamawiającego wykonania powyżej czynności stanowi rażące naruszenie przepisów Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Comtegra sp. z o.o. jako niezgodną z treścią SIWZ, wskazując, iż formularz ofertowy, w części II, Sekcja A1 „składniki komponentów-oprogramowania” nie zawiera wykazu komponentów-oprogramowania. Odwołujący podniósł okoliczność, że Zamawiający nie wskazał wszystkich uchybień występujących w tej ofercie. Z informacji którymi dysponuje Odwołujący wynika, iż wykonawca Comtegra sp. z o.o. nie jest autoryzowanym centrum szkoleniowym prowadzącym szkolenia certyfikowane (nie znajduje się na liście autoryzowanych ośrodków szkoleniowych), a zamówienie zamierza realizować samodzielnie (bez udziału podwykonawców). Zatem, w ocenie Odwołującego, zaoferowane przez Wykonawcę Comtegra sp. z o.o. szkolenia nie odpowiadają określonym przez Zamawiającego wymaganiom, co winno skutkować odrzuceniem złożonej przez niego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpatrując zarzut (opisany pod numerem I) dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oraz braku poprawienia omyłki w tej ofercie, Izba ustaliła, że Zamawiający opisał w SIWZ rodzaje szkoleń, ilość dni i osób, jakie trzeba przeszkolić w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe dane zostały określone przez Zamawiającego i opisane na formularzu w formie tabeli. Dane te stanowiły treść przedmiotu zamówienia. Wykonawcy, składając ofertę, zobowiązani byli do wypełnienia formularza jedynie poprzez wpisanie cen w poszczególnych pozycjach. W dniu 16 października br., Zamawiający dokonał modyfikacji treści formularza ofertowego, zawierającego wykaz szkoleń, ilości dni i ilości osób do przeszkolenia. Odwołujący przedstawił w swojej ofercie

formularz obowiązujący przed modyfikacją, tzn. nieobjęty modyfikacją z dnia 16 października 2012 roku.

W ocenie Izby doszło do omyłki Odwołującego, która polegała na niezamierzonej zamianie formularza ofertowego zawierającego wyszczególnienie szkoleń, ilości dni i ilości osób do przeszkolenia. Na uwagę zasługuje okoliczność, że Odwołujący zaoferował w złożonym w ofercie formularzu większą ilość dni i szkoleń niż wymagana w formularzu ofertowym po modyfikacji SIWZ. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Zamawiający powinien dokonać poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, która nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Sposób dokonania czynności poprawienia omyłki jest jednoznaczny i oczywisty. Nie budzi żadnych wątpliwości jaka powinna być prawidłowa treść formularza załączonego do oferty. Określona została przez Zamawiającego w nowym formularzu. Świadczenie wykonawcy ujęte w pierwotnej wersji formularza w łącznym rachunku co do ilości dni i ilości osób, które powinny zostać przeszkolone, przewyższa (nieznacznie) wymogi Zamawiającego dotyczące ilości dni szkolenia i osób, które Zamawiający określił w zmodyfikowanym przez siebie formularzu. Tym samym świadczenie wykonawcy, choć zostało ujęte w nieaktualnej wersji formularza, to jednak spełnia z naddatkiem wymagania Zamawiającego dotyczące przeprowadzenia szkoleń. Jediną omyłką jest inna konfiguracja dni i osób w formularzu nieobjętym i objętym modyfikacją dokonaną przez Zamawiającego 16 października.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę treść złożonego przez wykonawcę formularza ofertowego w zakresie oferowanych szkoleń, nie sposób uznać, aby dokonanie poprawek przez Zamawiającego prowadziło do takiej zmiany. Całkowity łączny wymiar szkoleń zaoferowanych przez wykonawcę nie tylko spełnia wymagania Zamawiającego, ale nawet je przewyższa. Treść oferty jest niezgodna z SIWZ jedynie w zakresie konfiguracji, co nie ma wpływu na fakt, iż świadczenie może zostać zrealizowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, gdyż zostało zaoferowane w łącznej liczbie co najmniej takiej, jaka została określona w SIWZ. Zatem dokonanie poprawienia w zakresie odpowiedniego przyporządkowania ilości dni i ilości osób, które należy przeszkolić w taki sposób, aby odpowiadało to treści zmodyfikowanego formularza nie spowoduje istotnej zmiany oferty.

Zwrócić należy uwagę, że w toku postępowania sam Zamawiający popełnił omyłkę w formularzu w zakresie podania błędnej liczby osób biorących udział w szkoleniu. Pomyłkę tę, która została zauważona przez jednego z wykonawców, Zamawiający potraktował jako oczywistą i dokonał jej poprawienia. W ocenie Izby, trudno w tej sytuacji inaczej potraktować omyłkę, jaką popełnił Odwołujący. Zarówno omyłka Zamawiającego, jak i Odwołującego są

analogiczne. Tym samym Izba stwierdziła, że zarzut podniesiony przez Odwołującego jest uzasadniony i uznała, iż Zamawiający powinien dokonać czynności poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o. w formularzu ofertowym w przedmiocie ilości dni i ilości osób do przeszkolenia, zgodnie z ostatnią modyfikacją SIWZ z dnia 16 października 2012 roku w taki sposób, aby przypisane zostały odpowiednie (wynikające z ostatniej modyfikacji) ilości do odpowiedniego szkolenia.

W ocenie Izby zarzut niezgodności oferty S&T i Comterga sp. o.o. z treścią SIWZ jest nieuzasadniony. Fakt braku wskazania podwykonawcy w zakresie przeprowadzenia szkolenia przez autoryzowane centrum szkoleniowe nie oznacza, że zamówienie nie zostanie zrealizowane zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zamawiający wymagał wprawdzie wskazania w treści SIWZ, czy podwykonawcom zostanie powierzona do realizacji jakaś część zamówienia. Brak wskazania informacji dotyczącej podwykonawcy, nie jest jednak dowodem na okoliczność, że wykonawca nie wykona w całości zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, tj. przez autoryzowane centrum szkoleniowe. Należy podkreślić także fakt, iż Zamawiający nie oczekiwał wskazania nazwy podmiotu, który będzie realizował tę część zamówienia. Oznacza to również, że Zamawiający nie prowadził czynności badania ofert w tym zakresie. Zatem Izba uznała, że brak wskazania podwykonawcy w zakresie przeprowadzenia szkolenia przez autoryzowane centrum szkoleniowe nie oznacza braku zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Tym samym nie potwierdził się zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy S&T i Comterga sp. z o.o. z treścią 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:

.....

Członkowie:

.....

.....