

WYROK
z dnia 10 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę

Veracomp S.A. ul. Zawila 61, 30-390 Kraków

w postępowaniu prowadzonym przez

Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk
– **Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe**
ul. Noskowskiego 12/14, 61-704 Poznań

przy udziale wykonawcy **Comp S.A. ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz ujawnienie załączników nr 1 do oferty w ofertach wykonawców Comp S.A., VOL Sp. z o.o., Itprojekt Sp. z o.o.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk – Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Veracomp S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Instytutu Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk – Poznańskiego Centrum Superkomputerowo-Sieciowego na rzecz Veracomp S.A. 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 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „sukcesywne dostawy do wskazanych lokalizacji urządzeń firewall, modułów rozszerzeń i wkładek interfejsów (transceiverów) wraz z instruktażem w ramach projektu pn. Realizacja w MAN-ach usług krytycznych o wysokim poziomie niezawodności (MAN-HA)” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 czerwca 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 113-204363. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Veracomp S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz – w konsekwencji – art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niepoprawienie treści oferty w zakresie wyniku obliczenia ilości zaoferowanych wkładek interfejsów,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza,
3. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentacji, która nie zawierała tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu definicji wskazanej w art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2003 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także zaniechania udostępnienia protokołu postępowania w terminie zakreślonym przepisami prawa.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności badania i oceny ofert,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania, a w konsekwencji uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez odwołującego,
4. nakazanie odtajnienia ofert złożonych przez wykonawców: COMP S.A., VOL Sp. z o.o., Itprojekt Sp. z o.o. w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania,

5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W kwestiach formalnych dotyczących skuteczności wniesionego odwołania Izba ustaliła, 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.

Swoje stanowiska odwołujący, zamawiający i przystępujący przedstawili odpowiednio w odwołaniu z 24 sierpnia 2015 r., odpowiedzi na odwołanie z 7 września 2015 r. oraz piśmie procesowym przystępującego z 8 września 2015 r., a także podczas rozprawy.

Na wstępie Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami – został on przedstawiony w ww. dokumentach, a także w powołanych w nich dokumentach stanowiących część dokumentacji postępowania przetargowego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z podziałem przyjętym przez odwołującego, Izba wyodrębniła trzy rodzaje zarzutów. Pierwszy z tych zarzutów dotyczy naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3, a w konsekwencji również art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wstępie należy wskazać na kwestię formalną – odwołujący we wstępnej części odwołania zatytułowanej „Przedstawienie zarzutów” wymienił jedynie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie podnosząc zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z 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.

Art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Poza ww. wymienionymi zmianami niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści (art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – odniesienie do art. 87 ust. 1a nie ma tu zastosowania, gdyż nie dotyczy trybu przetargowego).

Jednak pomimo braku wskazania wśród zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z samych okoliczności faktycznych postępowania przetargowego, żądania co do rozstrzygnięcia odwołania (pkt 2 – żądanie unieważnienia odrzucenia oferty) oraz uzasadnienia odwołania wynika, że zarzutem podstawowym, który podnosi odwołujący, jest nieprawidłowe odrzucenie jego oferty, będące skutkiem niepoprawienia w załączniku nr 1 do oferty „Szczegółowa kalkulacja cenowa” wskazanej omyłki. Również poprzez powiązania prawne, tj. odniesienie się w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 do art. 87 ust. 2 pkt 3 i wskazanie przez to, że oferta nie podlega odrzuceniu, jeśli można ją poprawić jako nieistotną omyłkę, powoduje, że art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych muszą być rozpatrywane łącznie.

W kwestii wskazanej omyłki Izba ustaliła, że chodzi tu o pozycję 3. załącznika nr 1 do oferty „Szczegółowa kalkulacja cenowa”, w której odwołujący wskazał 5 rodzajów wkładek interfejsów (transceiverów), w tym: 3 rodzaje dotyczyły wkładek 1-gigowych (1GE SFP LX, 1GE SFP RJ 45, 1GE SFP SX), a 2 rodzaje wkładek 10-gigowych (10GE SFP+ short range, 10GE SFP+ long range); każdą z nich w ilości 63 sztuk.

Jak wyjaśnił odwołujący podczas rozprawy, wskazanie 63 sztuk wynikało z adnotacji (instrukcji) co do wypełnienia tabeli w poz. 3 zawartej w kolumnie „liczba sztuk”, która brzmi: „liczba sztuk proporcjonalna z liczbą zakupionych systemów NGFW (parametr oceniany w kryterium oceny ofert)” oraz liczby sztuk zamawianych systemów NGFW – 63.

Również z wyjaśnień z 24 lipca 2015 r. wynika, że odwołujący do oferty załączył „wycenę jednej sztuki modułów opcjonalnych dla każdego z 63 urządzeń FG1500D”.

Odwołujący podkreślił też, że zamawiający nie udzielił wyjaśnień w kwestii, ile sztuk należy wpisać do tabeli, pozostawiając ustalenie w tym zakresie wykonawcy.

Zamawiający i przystępujący powołali się na pkt VI ppkt 3 opisu przedmiotu zamówienia (na str. 67 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), z którego wynika, że wkładki interfejsów (transcivery) muszą być zaoferowane w ilości nie mniejszej, niż łączna liczba interfejsów w oferowanych systemach NGFW oraz modułach rozszerzeń. Należy przy tym zaoferować wkładki (transcivery) wszystkich dostępnych typów dla danego interfejsu (jedno- i wielomodułowych).

Na ten wymóg wskazał też zamawiający, prosząc odwołującego pismem z 23 lipca 2015 r. o wyjaśnienie treści jego oferty w zakresie sposobu kalkulacji liczby oferowanych wkładek.

W wyjaśnieniach z 24 lipca 2015 r. odwołujący wniósł o modyfikację przez zamawiającego poz. 3 tabeli „Szczegółowa kalkulacja cenowa” zgodnie z ilościami: 1GE SFP LX 504 szt, 1GE SFP RJ45 504 szt, 1GE SFP SX 504 szt, 10GE SFP+ short range 126 szt, 10GE SFP+ long range 126 szt.

Według obliczeń zamawiającego było to o 504 sztuki zbyt dużo dla wkładek 1 Gb oraz za mało do obsadzenia 4 z 8 miejsc w każdym urządzeniu, czyli o 252 wkładki. Zdaniem zamawiającego, skoro odwołujący przekazał takie informacje w ramach swoich wyjaśnień, oznacza to, że odwołujący świadomie zaoferował rozwiązanie niespełniające wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym poprawienie oferty zgodnie z wyjaśnieniami nie doprowadziłoby do jej zgodności z wymaganiami specyfikacji.

Z udzielonych przez odwołującego podczas rozprawy wyjaśnień wynika, że oferowane urządzenie jest wyposażone w 40 interfejsów, z czego 16 już zabudowanych przez producenta, zatem do zabudowy pozostają 24. Tym samym przy 63 sztukach urządzeń będzie to maksymalnie 1008 wkładek 1 Gb (16x63) oraz 504 wkładki 10 Gb (8x63). Przy czym ze względu na to, że zamawiający nie dokonał *a priori* podziału tej liczby pomiędzy rodzaje wkładek, będzie ona zależała od zamówień składanych przez poszczególne podmioty, na rzecz których udzielane jest zamówienie. Nie było to kwestionowane przez zamawiającego ani przystępującego.

Oceniając powyższy stan faktyczny Izba stwierdziła, co następuje.

W postępowaniu złożono 5 ofert, z czego – jak wynika z informacji o wyniku postępowania z 13 sierpnia 2015 r. – 4 oferty zamawiający odrzucił jako niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ze względu na nieprawidłowe wypełnienie poz. 3 tabeli załącznika nr 1 do oferty „Szczegółowa kalkulacja cenowa”.

Każdy z wykonawców inaczej też wypełnił tę tabelę w zakresie liczby sztuk wkładek: odwołujący, jak wskazano powyżej, podał 63 szt – po 1 dla każdego urządzenia, Alma S.A. i Itprojekt Sp. z o.o. po 1 sztuce każdej wkładki, a przystępujący 1890 według ustalonego przez siebie podziału pomiędzy ich rodzaje.

Powyższe rozbieżności zdaniem Izby wskazują jednoznacznie, że formularz „Szczegółowa kalkulacja cenowa” nie został przygotowany przez zamawiającego w sposób prawidłowy. Także wprowadzona przez zamawiającego adnotacja w poz. 3 kolumny „liczba sztuk”: „liczba sztuk proporcjonalna z liczbą zakupionych systemów NGFW (parametr oceniany w kryterium oceny ofert)” zdaniem Izby wprowadza w błąd.

Jak wynika z założeń opisu przedmiotu zamówienia (por. np. pkt 4, str. 3 specyfikacji) i wzoru umowy (np. § 3), zakupione systemy NGFW miały być podzielone pomiędzy beneficjentów zamówienia w ilościach wskazanych przez zamawiającego, a odpowiadające systemom moduły rozszerzeń i wkładki interfejsów „przydzielone” im w liczbie proporcjonalnej do liczby systemów wynikających z podziału. Dotyczy to jednak dopiero etapu zamawiania (składania zapotrzebowań) przez poszczególnych beneficjentów na systemy i moduły oraz wkładki. Do tego z opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy wynika, że liczba zamówionych wkładek będzie zależała od woli beneficjenta, jak również to, który rodzaj wkładki w przedstawionych opcjonalnie zamówi. Nie była więc ona znana w chwili składania oferty ani nawet zawarcia umowy.

Tym samym jasne jest, że oferenci nie wiedzieli, jaką konkretnie liczbę wkładek podać w formularzu, więc zastosowali zwykły zabieg z cennika – podali cenę jednostkową (tu akurat odwołujący starał się wypełnić polecenie zamawiającego z kolumny 3. tabeli i podał ją proporcjonalnie do liczby systemów, czyli 63).

Izba nie ma natomiast wątpliwości, że wolą odwołującego (ani innych wykonawców), nie było zaoferowanie tylko 1 sztuki każdej wkładki, a takiej ich ilości, jakiej zażądamy beneficjenci zamówienia. Ponieważ inne oferty nie są rozpatrywane w ramach niniejszego postępowania odwoławczego, Izba nie będzie się do nich ustosunkowywać.

Nie budzi wątpliwości, że oferowanie tylko 1 wkładki (a w zasadzie 5 na jeden system) przy wolnych 24 interfejsach byłoby nielogiczne, a przy tym niekorzystne dla wykonawcy, gdyż dawałoby tylko 315 wkładek, podczas gdy jego zarobek mógłby dotyczyć aż 1512 wkładek. Wiadome jest natomiast, że wykonawcy po to składają oferty w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, aby sprzedać jak najwięcej produktów.

Tym samym, w ocenie Izby, wskazanie w formularzu 63 wkładek miało na celu wyłącznie wskazanie ceny jednostkowej wkładki dla każdego systemu, jak to wyjaśnił odwołujący, a wyjaśnienia te brzmią racjonalnie.

Zdaniem Izby również wskazanie przez odwołującego w wyjaśnieniach z 24 lipca 2015 r. nieprawidłowej liczby wkładek nie powoduje niemożności poprawienia oferty przez zamawiającego.

Po pierwsze bowiem decyzja o poprawieniu omyłki w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz sposób tego poprawienia jest autonomiczną decyzją zamawiającego, która może być poprzedzona wyjaśnieniami wykonawcy lub nie, a zamawiający treścią owych wyjaśnień nie jest związany. Może też zaistnieć taka sytuacja, w której dopiero wyjaśnienia wykonawcy wskażą zamawiającemu, że omyłka istnieje i na czym polega.

Po drugie, wyjaśnienia wykonawca może zmienić, sprecyzować lub skorygować, zamawiający może też poprosić o dodatkowe wyjaśnienia, jeśli pierwsze nie dały mu wystarczająco jasnego obrazu sytuacji.

Po trzecie, zdaniem Izby, błędne wskazanie przed odwołującym liczb w wyjaśnieniach nie wynikało z chęci zaoferowania zamawiającemu liczby wkładek niezgodnych z liczbą interfejsów, a po prostu wykonawca nie mógł się doliczyć, ile wkładek danego typu należy przypisać do urządzenia. Izba nie znalazła innego logicznego wyjaśnienia podania takiej ilości wkładek. Zaś sama omyłka przy obliczaniu liczby wymaganego asortymentu jak najbardziej mieści się w ramach poprawiania oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie stwierdziła tu, że zaoferowanie takiej, a nie innej liczby wkładek było celowym działaniem wykonawcy mającym na celu złożenie oferty o innym zakresie świadczenia, niż wynikał z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym punktu VI ppkt 3), a cała sytuacja powstała wyłącznie w wyniku tego, że zamawiający nie podał, w jaki sposób wykonawcy mają podzielić maksymalną liczbę wkładek pomiędzy poszczególne pozycje. Do tego wymóg punktu VI ppkt 3 został zawarty na dalekiej stronie opisu przedmiotu zamówienia, a nie, jak to powinno być *lege artis* – w podstawowej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej sposobu przygotowania oferty i sposobu obliczenia ceny, czyli w punkcie 12. i 19. przygotowanej przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A taki przecież jest powód wymagania od zamawiającego opisanie obu tych kwestii (art. 36 ust. 1 pkt 10 i 12), aby wykonawcy mieli w tym miejscu kompletną instrukcję, w jaki sposób uwidocznic swoją wolę zaoferowania przedmiotu zgodnie z wymogami zamawiającego.

W niniejszym stanie faktycznym zaistniała też dodatkowa, bardzo istotna okoliczność, tj. pomimo tego, że wykonawcy mieli zsumować wszystkie pozycje tabeli, ocenie według kryterium oceny ofert podlegała jedynie cena dla pozycji 1. „Szczegółowej kalkulacji cenowej”, czyli dotycząca systemów NGFW. Tym samym wszelkie dokonane sumowanie cen w poz. 3 miało jedynie charakter informacyjny, a wiążące są jedynie ceny jednostkowe poszczególnych wkładek. Zamawiający ani żaden z beneficjentów nie jest też zobowiązany do zapłaty sumy z ww. tabeli.

Tym samym zmiana w formularzu „Szczegółowej kalkulacji cenowej”, a następnie – w konsekwencji – w formularzu oferty, nie ma istotnego wpływu na treść oferty.

Tak naprawdę oferta nawet nie musiałaby być poprawiona (zaoferowanie maksymalnej możliwej liczby wkładek nie budzi wątpliwości), a do prawidłowej realizacji umowy wystarczyłoby podanie cen jednostkowych wkładek.

Zdaniem Izby potrzeba takiej poprawy wynika jedynie z konieczności późniejszego wypełnienia przez zamawiającego § 3 wzoru umowy i określenia maksymalnej wysokości zobowiązania oraz podziału kwot pomiędzy poszczególnych beneficjentów – co zamawiający miał już zrobić we własnym zakresie i co nie jest tak naprawdę sprawą oferenta. Zamawiający może też dokonać takich obliczeń we własnym zakresie w oparciu o ceny jednostkowe (co zresztą zdaje się było jego zamiarem).

Wprowadzenie więc do formularza „Szczegółowa kalkulacja cenowa” ilości ma na celu jedynie uporządkowanie sytuacji.

Z powodu nieokreślenia liczby i rodzaju wkładek, które zakupią beneficjenci, sposób poprawienia kalkulacji może być różny, i tak – jak wskazano powyżej – nie ma to szczególnego wpływu na samą ofertę, a jedynie na kwestie rozliczeń księgowych.

Zamawiający może więc poprawić ofertę w taki sposób, jaki uzna za najbardziej odpowiedni do zakresu zamówienia – sama Izba widzi tu dwa najlepsze sposoby poprawienia.

Zamawiający może więc w stosunku do pierwszych trzech wkładek (1 Gb) w każdej wpisać liczbę „1008”, a w stosunku do czwartej i piątej „504” (najlepiej dla pełnej jasności z adnotacją „lub”) – po czym przemnożyć przez ceny jednostkowe i dokonać sumowania. Będzie to oznaczało, że wykonawca ma dostarczyć maksymalnie 1008 wkładek pierwszego typu lub maksymalnie 1008 wkładek drugiego typu lub maksymalnie 1008 wkładek trzeciego typu oraz maksymalnie 504 wkładki czwartego typu lub maksymalnie 504 wkładki piątego typu (z dowolnym ich podziałem na rodzaje). Da to jednak sumarycznie aż 4032 wkładki, znacznie więcej niż zostanie ich zakupionych, co spowoduje, że nominalna wartość oferty będzie znacznie większa niż realna, co z kolei może spowodować brak akceptacji takiej kwoty umowy ze strony księgowości.

Zamawiający może też pierwsze trzy pozycje „spiąć klamrą” (}) i wpisać dla nich łączną sumę 1008 sztuk. Będzie to oznaczało, jak powyżej, że wykonawca oferuje łącznie 1008 sztuk wkładek 1 Gb z dowolnym ich podziałem pomiędzy rodzaje wkładek. Ze względu na różne ceny wkładek, liczba 1008 sztuk powinna zostać przemnożona przez cenę jednostkową najdroższej wkładki, co pozwoli uzyskać maksymalną wartość zobowiązania dla wkładek 1 Gb. Analogicznie należy postąpić w stosunku do wkładek 10 Gb – „spiąć klamrą” obie pozycje, wpisać 504, przemnożyć przez cenę droższej wkładki; następnie wszystkie te pozycje zsumować. Dzięki temu nominalna wartość zobowiązania nie będzie tak bardzo odbiegać od wartości realnej, jak w przypadku pierwszym.

Poprawienie omyłki w ramach art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera więc w sobie również poprawienie działań arytmetycznych – a *propos* zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych; przy czym Izba nie zakwalifikowałaby tej sytuacji jedynie jako poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej.

Przy czym Izba zaznacza, że liczbę 1008 i 504 wkładek podały strony podczas rozprawy i nie było to sporne, więc Izba nie dokonywała własnych obliczeń, tym samym Izba nie narzuca tej liczby – w przypadku, gdyby okazało się, że strony znów nie doliczyły się właściwej liczby wkładek.

W zakresie formalnym wynikającym z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec podnoszonej przez zamawiającego i przystępującego okoliczności braku wpływu rozstrzygnięcia odwołania na wynik postępowania, Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z przedstawionej przez zamawiającego symulacji oceny porównawczej oferty odwołującego i przystępującego wynika, że odwołujący zająłby drugie miejsce, po przystępującym, którego oferty nie kwestionował, więc i tak nie mógłby uzyskać zamówienia. Odwołujący wskazywał tu na możliwość uzyskania zamówienia nawet w takiej sytuacji – gdyby nie zawarto umowy z przystępującym. Z kolei przy uwzględnieniu również pozostałych ofert, odwołujący zająłby ostatnie miejsce.

Izba zwraca uwagę, że art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi o (realnym lub potencjalnym) wpływie na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a więc wskazuje na przesłankę znacznie szerszą, niż jedynie wpływ na sytuację samego odwołującego. Celem postępowania odwoławczego jest bowiem kontrola i ewentualna korekta czynności zamawiającego w postępowaniu tak, aby w konsekwencji wybrał on ofertę najkorzystniejszą i udzielił zamówienia zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli „wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”. Temu celowi poświęcone jest całe postępowanie przetargowe, a następnie odwoławcze.

Zatem Izba, po zapoznaniu się z okolicznościami sprawy, chociaż nie może orzekać ponad zarzuty określone w odwołaniu, wydając wyrok nie może zignorować stanu rzeczy istniejącego w danym postępowaniu, jeśli ujawnił się on (został ustalony) w toku postępowania odwoławczego (art. 191 ust. 2).

Z kolei to, że cechą postępowania oddawczego jest to, że dotyczy ono wyłącznie zarzutów podniesionych w danym odwołaniu, nie oznacza jeszcze, że zamawiający jest ekskulpowany ze swojego nieprawidłowego działania i może postąpić wbrew zasadzie art. 7 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli nieprawidłowo wybierając wykonawcę, czy nierówno traktując wykonawców. Tymczasem oferty wszystkich czterech wykonawców zostały odrzucone z podobnego powodu jak oferta odwołującego (zamawiający nie wskazał innych przyczyn odrzucenia), a oferta przystępującego prawdopodobnie nie jest bezwzględnie najkorzystniejsza ze wszystkich.

Tym samym Izba stwierdziła wpływ rozstrzygnięcia odwołania na wynik postępowania przetargowego.

Drugi zarzut dotyczył naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje w nim na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział I pkt 7 ppkt 10) dotyczące planów zamawiającego w zakresie badania próbki w postaci przeprowadzenia testów. Zarzut ten, zdaniem Izby nie do końca jasno został sformułowany i trudno jednoznacznie ustalić jego cel.

Odwołujący ogólnie podnosi w nim, że nie został zaproszony do ww. testu, chociaż takie zaproszenie powinien otrzymać.

Rzeczywiście, z przywołanych przez odwołującego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że zamawiający przewidywał zaproszenie do testów wszystkich wykonawców. Jednak, zdaniem Izby, nie stanowi uchybienia procedurze, jeśli zamawiający od tego odstąpi w przypadku wykonawcy wykluczonego lub takiego, którego oferta została odrzucona, bowiem przeprowadzanie testów byłoby jedynie uciążliwością i ewentualnym kosztem dla wykonawcy i zamawiającego oraz przedłużaniem samej procedury, a i tak nie zmieniłoby sytuacji wykonawcy na lepszą.

Odwołujący wskazywał także, że dzięki testowi mógłby wykazać poprawność swojej oferty w zakresie oferowanych wkładek. Jednak zamawiający nie zarzucał wkładkom niezgodności technicznej z wymaganiami, która mogłaby być przedmiotem weryfikacji podczas testu, a jedynie zaoferowanie (w formularzu kalkulacji cenowej oraz wyjaśnieniach) niewłaściwej liczby poszczególnych wkładek, co nie ma nic wspólnego z wynikami testu i czego test by nie zmienił – ani sam fakt, że odwołujący przedstawił w ramach oferty próbki.

Oczywiście, w sytuacji, w której oferta odwołującego byłaby przywrócona do postępowania, do takiego testu powinien zostać zaproszony.

Co do testu dotyczącego Comp S.A. oraz protokołu z przebiegu tego testu należy stwierdzić, że samo przeprowadzenie testu jest czynnością faktyczną, która ma miejsce w danym czasie. Protokół z testu jest jedynie dokumentem, który potwierdza przeprowadzenie i przebieg testu oraz wnioski z niego płynące (zaliczony/nie zaliczony, wymóg spełniony/nie spełniony, osiągnięte parametry itp.), może też być bardziej lub mniej szczegółowy, lecz wiadomo, że nie będzie tym samym, co udział w jego przebiegu i osobiste śledzenie wyników.

W braku wskazania innych okoliczności należy założyć, że, skoro zamawiający zaliczył test firmie Comp S.A., to wynikło z niego, że wykonawca ten spełnił wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do objęcia protokołu z testów tajemnicą przedsiębiorstwa – Izba stwierdziła, że kwestia ta w zasadzie nie została objęta zarzutami odwołania (jakkolwiek, jak już wskazała wcześniej, zarzuty w tym zakresie są dość niesprecyzowane – odwołujący podnosi w odwołaniu różne kwestie [np. str. 13], ale bez stosownej i jasnej konkluzji, jakie wyciąga z nich skutki); dlatego Izba wskazuje poniższe tylko na marginesie, bez nakazania czynności w sentencji wyroku.

Jak wynika z udzielonych podczas rozprawy wyjaśnień, protokół z testu produktu firmy Comp S.A. ma 4 części – pierwsza jest jawna, pozostałe nie. Druga część została sporządzona przez zamawiającego, trzecia przez przystępującego, a czwarta w postaci plików na płycie CD.

Co do części sporządzonej przez zamawiającego – zarówno zamawiający, jak i przystępujący podczas rozprawy jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazali jedynie jedną liczbę. Tym samym, zdaniem Izby, utajnianie całych 9 stron tej części protokołu zamiast wyłącznie tej jednej liczby, jest nadmierne. Podobna sytuacja wystąpiła w stosunku do części sporządzonej przez przystępującego – również tam jako tajemnicę przedsiębiorstwa przystępujący wskazał jedynie wartości liczbowe. Z tego powodu nie ma podstaw do utajniania pozostałej treści tego dokumentu. Zamawiający bowiem nie powinien nadużywać wyjątku od zasady jawności, jakim jest możliwość utajnienia niektórych informacji i w takich przypadkach jak opisane, zastrzegać tylko poszczególne informacje, a nie nadmiernie cały dokument. Podobna zasada dotyczy nie tylko dokumentów w postaci papierowej, ale też plików (wtedy zainteresowanemu wykonawcy można okazać części wydruków).

Trzeci zarzut dotyczy naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentacji, która nie zawiera tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania; z żądań wynika, że chodzi o oferty złożone przez Comp S.A., VOL Sp. z o.o., Itprojekt Sp. z o.o. – przy czym odwołujący nie sprecyzował, o jakie konkretnie dokumenty chodzi, lecz odesłał do uzasadnienia odwołania.

Kwestia nieudostępnienia protokołu z postępowania wraz z załącznikami została opisana na str. 15 odwołania i jest jasna, odwołujący zrezygnował jednak podczas rozprawy z podtrzymywania tego zarzutu w stosunku do całej dokumentacji, wskazał jedynie na załączniki nr 1 do ofert Comp S.A., VOL Sp. z o.o., Itprojekt Sp. z o.o. oraz protokół z testu Comp S.A.

Zdaniem Izby z uzasadnienia zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, do którego odwołał się odwołujący, wynika, że zarzut ten w odwołaniu dotyczył tylko załącznika nr 1 do ofert ww. wykonawców zawierających „Szczegółową kalkulację cenową”. Nie obejmuje zaś pozostałych elementów ofert objętych tajemnicą przedsiębiorstwa ani innych dokumentów.

Do protokołu z testu Izba odniosła się powyżej. Natomiast jeśli chodzi o załączniki nr 1 do ofert ww. firm, Izba stwierdziła, że nie widzi żadnych podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tabeli „Szczegółowa kalkulacja cenowa” – zawierającej jedynie nazwę, liczbę sztuk (nie w każdym przypadku, a co do systemów wpisaną przez samego zamawiającego) i cenę danego elementu – i takich podstaw nie podał jej także zamawiający ani przystępujący. Co do wskazanego przez przystępującego podania nazwy systemu NFGW Izba stwierdziła, że podawanie nazwy tego systemu w załączniku nr 1 nie było wymagane, a skoro wykonawca podaje taką informację z własnej inicjatywy, nieproszony, to trudno w ogóle mówić tu o tajemnicy (ze względu na to, że jedną z cech tajemnicy jest zamiar jej ochrony).

W zakresie wniosku o odrzucenie tego zarzutu ze względu na upływ terminu na wniesienie odwołania Izba stwierdziła: zamawiający powołał się na protokół z udostępnienia przedstawicielowi odwołującego ofert, z którego wynika, że nie udostępniono mu części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie wynika z niego jednak, że przedstawiciel ten został poinformowany przez zamawiającego, że zakończył on już badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, uznał dokumenty za zastrzeżone poprawnie i tym samym nastąpiła czynność odmowy udostępnienia tych dokumentów. Ze względu na pisemność postępowania (art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) wartość dowodowa prowadzonych z wykonawcami rozmów jest niewielka. Tym samym przy ustalaniu terminu na wniesienie odwołania Izba przyjęła dotychczas dominującą zasadę, że odwołanie w zakresie zaniechania ujawnienia informacji może być wnoszone również od chwili otrzymania informacji o zakończeniu badania ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

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. 2 pkt 2, § 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: