

Sygn. akt: KIO 2134/14
KIO 2153/14

WYROK
z dnia 3 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 października 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

1. **13 października 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie WASKO S.A., z siedzibą w Gliwicach – Lider Konsorcjum oraz Gabos Software Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu – członek Konsorcjum (sygn. akt 2134/14),**
2. **13 października 2014 r. przez wykonawcę CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (sygn. akt 2153/14),**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„System usług informatycznych w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego w Warszawie”*

prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego**

przy udziale wykonawców:

1. **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2134/14,
2. **SIMPLE S.A.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2134/14 oraz 2153/14,

- 3. WASKO S.A., z siedzibą w Gliwicach – Lider Konsorcjum oraz Gabos Software Sp. z o.o., z siedzibą w Bytomiu – członek Konsorcjum**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2153/14

orzeka:

1. Uwzględni oba odwołania i nakazuje zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy SIMPLE S.A. oraz:
 - 1.2. W zakresie odwołania w sprawie o **sygn. akt 2134/14** nakazuje Zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego w Warszawie unieważnienie czynność odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WASKO S.A., z siedzibą w Gliwicach – Lider Konsorcjum oraz Gabos Software Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu – członek Konsorcjum oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WASKO S.A., z siedzibą w Gliwicach – Lider Konsorcjum oraz Gabos Software Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu – członek Konsorcjum;
 - 1.3. W zakresie odwołania w sprawie o **sygn. akt 2153/14** nakazuje Zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego w Warszawie odtajnienie dokumentów załączonych do oferty wykonawcy SIMPLE S.A. w zakresie wykazu głównych dostaw i usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień ujętych w wykazie, dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających potencjał w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie informacji nie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;

2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 2134/14 obciąża **zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WASKO S.A., z siedzibą w Gliwicach – Lider Konsorcjum oraz Gabos Software Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu – członek Konsorcjum** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **WASKO S.A., z siedzibą w Gliwicach – Lider Konsorcjum oraz Gabos Software Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu – członek Konsorcjum** kwotę **15 000 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 2153/14 obciąża **zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego** i:

3.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o, z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,

3.3. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego** na rzecz wykonawcy **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o, z siedzibą w Lublinie** kwotę **18 600 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze), 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 (t.j. Dz. U. z 2013 r., 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 **Warszawie**.

Przewodniczący

.....

Sygn. akt: KIO 2134/14

KIO 2153/14

UZASADNIENIE

Sygn. akt 2134/14

W dniu 13 października 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WASKO S.A. – Lider Konsorcjum oraz Gabos Software Sp. z o.o. – członek Konsorcjum (dalej „**Odwołujący I**” lub „**Odwołujący WASKO**”) zarzucając zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu im. prof. W. Orłowskiego CMPK w Warszawie (dalej „**Zamawiający**”):

- Nierzetelną ocenę oferty złożonej przez Odwołującego oraz wybór jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty SIMPLE S.A., ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa (dalej „**SIMPLE**”), a tym samym naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp;
- Niezgodne z przepisami ustawy Pzp odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, a tym samym naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp;
- Z ostrożności - zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów, a tym samym naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;
- Z ostrożności - zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a tym samym naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;
- Naruszenie innych przepisów wynikających z uzasadnienia odwołania;

- a w związku z powyższymi naruszeniami naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu:

- Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SIMPLE, pomimo faktu, że treść złożonej oferty przez tego wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ;
- Naruszenie innych przepisów wynikających z uzasadnienia odwołania;

- a w związku z powyższymi naruszeniami naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Z ostrożności wezwanie Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień; (iii) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego; (iv) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę SIMPLE.

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „system usług informatycznych w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego w Warszawie” (znak sprawy: 52/8/2014). Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 3 października 2014 r. Oferta złożona przez Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona (zgodnie z przekazanym uzasadnieniem faktycznym), ponieważ w ofercie, w załączniku numer 5, w pozycji ERP 20.010 (strona 147 oferty), w kolumnie 4 zamiast słowa „TAK” zostało wpisane „HIS 314-315”. Odwołujący wskazał, że powyższe zostało zinterpretowane przez Zamawiającego jako brak zaoferowania w systemie jednego z wymagań podstawowych zdefiniowanych w punkcie ERP 20.010 załącznika numer 5. W ocenie Zamawiającego powyższe świadczy o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ i skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 4.5 SIWZ wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia, odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, przedkładali m.in. wypełnione formularze oceny spełnienia parametrów określonych w opisie przedmiotu zamówienia dla systemu usług informatycznych zgodne z treścią załączników nr 1, 2, 3, 4, 5, 6 do SIWZ. (zgodnie z instrukcjami w poszczególnych załącznikach tj. załącznikach nr

1, 2, 3, 4, 5 i 6 do SIWZ). Spór w przedmiotowej sprawie dotyczy załącznika nr 5 do SIWZ, w którym zamieszczona została następująca instrukcja, dotycząca wypełniania kolumny 4:

„Czy SUI spełnia? - w tej kolumnie Wykonawca wpisuje słowo albo "TAK", jeżeli oferowany System Usług Informatycznych (SUI) spełnia wymaganie opisane w wierszu, albo "NIE" - gdy nie spełnia; niewypełnienie tej pozycji (brak wpisu) Zamawiający przyjmie, jako oświadczenie o niespełnieniu wymagania - braku danej funkcjonalności w oferowanym Systemie."

W ocenie Odwołującego należy zauważyć, że odrzuceniem oferty mogłoby skutkować wpisanie słowa „NIE” (wówczas wykonawca wprost oświadczyłby o niespełnieniu wymagania podstawowego) lub też pozostawienie komórki niewypełnionej - to jednak byłoby możliwe, przy założeniu, że z pozostałej części oferty nie wynikało by spełnienie wymagań podstawowych.

Odwołujący wskazał, że nie wpisał co prawda w komórce wprost słowa „TAK”, ale Zamawiający na podstawie innych części złożonej oferty był w stanie ustalić, że funkcjonalności opisane w punkcie ERP 20.010 są oferowane i są zawarte w systemie oferowanym przez Odwołującego.

W ocenie Odwołującego brak wpisania w tabeli słowa „NIE”, jest wyłącznie błędem co do formy, a nie co do treści oferty. Nie można w żadnym razie uznać braku wpisania słowa „TAK” do tabeli za uchybienie merytoryczne, czyli za niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, polegającą na niezaoferowaniu funkcjonalności wskazanych w punkcie ERP 20.010. Odwołujący wskazał, że z pozostałej części złożonej oferty wynika, że zaoferowany system spełnia wszystkie funkcjonalności z punktu ERP 20.010, który został zakwestionowany przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Zamawiający przed odrzuceniem oferty zobligowany był zbadać, czy z pozostałej części oferty wynika, że system oferowany przez Odwołującego spełnia wszystkie zadane wymagania - przy ewentualnych wątpliwościach Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnień, czy nawet do zaprezentowania tej grupy funkcjonalności. Zamawiający przy badaniu złożonych ofert nie mógł poprzestać jedynie na ocenie załącznika numer 5. Niewłaściwe wypełnienie komórki w pozycji ERP 20.010 należy ewentualnie rozpatrywać jako niezamierzoną omyłkę Odwołującego, ale nie jako złożenie oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący wskazał również, że:

Opis kartoteki materiałowej zawiera podręcznik „Logistyka”, rozdział I, sekcja 15 (Kartoteka materiałowa) od strony 177 opisana jest szczegółowo podstawowa kartoteka materiałowa, w

dalszych podpunktach sekcji 15 opisane są szerzej wszystkie kartoteki powiązane, zawierające wymagane w punkcie ERP 20.010 informacje. Informacje dotyczące rejestracji zmian na kartotekach opisane są w sekcji 20 - rozdział XI. Poniżej numery stron podręcznika Logistyka gdzie zawarty jest opis funkcjonalności odpowiadający poszczególnym wymaganiom z punktu ERP 20.010:

1. nazwa pełna, w dokumentacji: 'nazwa' str. 177
2. nazwa skrócona, w dokumentacji: 'indeks' str. 177
3. nazwa skrócona (liczba znaków 22-30), w dokumentacji: 'indeks' pole mieści 50 znaków str. 177
4. kod grupy materiałowej, w dokumentacji: 'grupa' str. 178
5. jednostka miary handlowa, w dokumentacji: 'Dodatkowe jednostki dla materiału' str. 186
6. jednostka miary techniczna, w dokumentacji: 'jednostka' str. 178
7. przelicznik jednostek miar, w dokumentacji: 'Dodatkowe jednostki dla materiału' str. 186-188;
8. stan minimum, w dokumentacji: 'Stany kontrolne w magazynach -stan minimalny' str. 190;
9. stan maksimum, w dokumentacji: 'Stany kontrolne w magazynach -stan maksymalny' str. 190
10. stawka VAT, w dokumentacji: '%VAT' str. 181
11. uwagi użytkownika, w dokumentacji: 'opis' str. 177
12. ilość w opakowaniu, w dokumentacji: 'Ilość zbiorcza' str. 183
13. wielkość pakietu handlowego, w dokumentacji: 'EWZ - Ekonomiczna wielkość zamówienia' str. 185;
14. data aktualności indeksu, w dokumentacji: 'Rejestrowanie modyfikacji danych w kartotekach' str. 1085-1085
15. wyróżnik przeznaczenia, w dokumentacji: 'Wyrób zewnętrzny, Wyrób gotowy, Półprodukt, Surowiec' str. 180
16. wyróżnik odbiorcy, w dokumentacji: 'Kody towarowe kontrahenta' str. 221-222
17. informacje o materiałach zastępczych, w dokumentacji: 'Zamienniki' str. 182
18. cena zakupu, w dokumentacji: 'Cenniki' str. 189, 'Cenniki sprzedaży i dostaw' str. 241-242
19. data założenia indeksu materiału lub usługi, w dokumentacji: 'Rejestrowanie modyfikacji danych w kartotekach' str. 1085-1087

20. informacja o dacie i osobach dokonujących 3 ostatnich modyfikacji informacji o indeksie, w dokumentacji: 'Rejestrowanie modyfikacji danych w kartotekach' str. 1085-1087
21. data dezaktywacji indeksów w dokumentacji: 'Rejestrowanie modyfikacji danych w kartotekach' str. 1085-1087.

W ocenie Odwołującego Zamawiający obowiązany jest do zbadania każdej oferty kompleksowo - na Zamawiającym ciąży obowiązek badania całej treści oferty, wszystkich dokumentów składających się na tę treść. Podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp może być tylko jednoznaczna i nieusuwalna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp nie przewiduje odrzucenia oferty w przypadku niezgodności oferty jedynie z formalnymi wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi sposobu potwierdzenia spełniania przez oferowane rozwiązanie postawionych przez Zamawiającego wymagań. Zamawiający nie może odrzucić oferty, jeżeli z całokształtu jej analizy wynika, że odpowiada ona w pełni treści SIWZ.

Odwołujący wskazał również, że jeżeli Zamawiający powziął wątpliwość co do złożonych przez Odwołującego dokumentów lub co do treści złożonej oferty, powinien zwrócić się z wnioskiem do Odwołującego o udzielenie stosownych wyjaśnień. W ocenie Odwołującego zwrócenie się z takim wnioskiem było w pełni dopuszczalne, nie prowadziło do negocjacji z Odwołującym, czy do zmiany treści złożonej oferty. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący wskazałby jedynie miejsca w ofercie, gdzie należy szukać informacji potwierdzających spełnianie wymagań, o których mowa w punkcie ERP 20.010. Do stwierdzenia spełniania przez rozwiązanie zaoferowane przez Odwołującego wszystkich wymagań SIWZ nie są potrzebne żadne uzupełnienia oferty ze strony Odwołującego, czy też dodatkowe dokumenty, ale wyłącznie dokładna analiza złożonych przez Odwołującego materiałów składających się na treść jego oferty.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy byli zobowiązani do przygotowania próbki systemu. Opis przygotowania próbki został zamieszczony w załącznikach numer 16 i 18 do SIWZ. Odwołujący zgodnie z wymaganiami Zamawiającego złożył więc Próbkę, przy pomocy której można zweryfikować spełnianie przez rozwiązanie wykonawcy wszystkich podstawowych wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności, w tym w szczególności wymaganych przez Zamawiającego w punkcie ERP 20.010.

Próbka została złożona wraz z ofertą i pozostaje nadal w dyspozycji Zamawiającego. Zamawiający dysponował więc (i nadal dysponuje) możliwościami, aby na podstawie oferty złożonej przez Odwołującego jednoznacznie stwierdzić, że spełnia ona wszystkie wymagania wyspecyfikowane przez Zamawiającego i nie podlega odrzuceniu na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał również, że Załącznik numer 5 to dokument, który składany był na potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający miałby obowiązek odrzucenia oferty Odwołujące, w przypadku gdyby z tego dokumentu jednoznacznie wynikało, że oferowany System nie spełnia wymagań podstawowych. W ocenie Odwołującego brak słowa „TAK” nie oznacza niezaoferowania przez Odwołującego danej funkcjonalności podstawowej, a tylko jednoznaczny brak zaoferowania funkcjonalności podstawowej mógłby skutkować odrzuceniem oferty. Zamawiający przy ocenie oferty Odwołującego nie dochował należytej staranności i nie przeanalizował wszystkich dostępnych mu materiałów znajdujących się w ofercie Odwołującego. O odrzuceniu nie powinien decydować błąd w formie potwierdzenia spełnienia wymagania, ale wyłącznie faktyczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która w przypadku oferty Odwołującego nie występuje.

Odwołujący wskazał również, że w formularzu ofertowym złożył oświadczenie zgodnie, z którym oferowane jest wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (strona 8). Odwołujący wskazuje, że już to ogólne oświadczenie ukazuje, że intencją Odwołującego było złożenie oferty zgodnej z SIWZ, dlatego nieuprawnione jest działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty ze względu na rzekome nie spełnienie wymagań z punktu ERP 20.010. Wola Odwołującego była w tym zakresie oczywista - Odwołujący nie miał zamiaru składać oferty niezgodnej z SIWZ.

W zakresie zarzutów dotyczące oferty złożonej przez SIMPLE (zarzut zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SIMPLE), Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez SIMPLE powinna zostać odrzucona z postępowania, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Poniżej Odwołujący wskazał na następujące niezgodności:

Zarzut 1 - dotyczy zaoferowanego przez SIMPLE switch'a sieciowego w warstwie rdzeniowej:

Wykonawca SIMPLE zaoferował w tym zakresie urządzenie NETGEAR XSM72245 ProSafe (XSM72245-100EUS), które nie spełnia wymagań Zamawiającego. W wyjaśnieniach udzielonych przez Zamawiającego do SIWZ Zamawiający wyraził zgodę na zastąpienie pojedynczego przełącznika 40 portowego, dwoma przełącznikami 24 portowymi połączonymi w stos o przepustowości 80Gbps pod warunkiem spełnienia pozostałych parametrów opisanych w SIWZ. Jednym z „pozostałych parametrów” jakie wymienia Zamawiający w załączniku numer 2 do SIWZ jest parametr przełączania o wartości minimalnej 480Gbps. Rozwiązanie zaoferowane przez Wykonawcę SIMPLE oparte na dwóch przełącznikach NETGEAR XSM72245 ProSafe (XSM72245-100EUS) połączonych w stos nie spełni tego wymagania. Odwołujący wskazuje, że parametr przełączania 480Gbps dla przełącznika 24 portowego gwarantuje, że nawet w przypadku wykorzystania wszystkich portów przełącznika zapewniona szybkość transmisji dla każdego portu wyniesie 10Gbps. Należy zwrócić uwagę, iż w przedmiotowym postępowaniu należy dostarczyć urządzenie o ilości portów min. 40, które spełni warunek przepustowości 480Gbps.

W ocenie Odwołującego, aby wymaganie Zamawiającego zostało spełnione w sposób zgodny z SIWZ i jego modyfikacjami, należałoby dostarczyć 2 urządzenia o lepszych parametrach, niż zaoferowane przez SIMPLE umożliwiające wykonanie stosu o większej wydajności, które oferują inni producenci. Zaoferowane przez Simple urządzenia pochodzą z niższej półki produktowej zarówno cenowej jak i jakościowej niż wymagane przez Zamawiającego i nie spełniają parametrów wymaganych przez Zamawiającego w urządzeniu rdzeniowym, które odpowiada za komunikację całego szpitala.

Zarzut 2 - dotyczy: załącznik nr 2 - zestawy serwerowe typ 3:

W punkcie 15 Diagnostyka - Zamawiający wymagał, aby Serwer posiadał „Panel LCD, LED lub light path diagnostic, umożliwiający wyświetlenie informacji diagnostycznych”.

Wykonawca SIMPLE natomiast w parametrze oferowanym wskazuje, iż oferowany przez nią serwer HP DL380p Gen8 posiada: „Panel LCD umieszczony na froncie obudowy, umożliwiający wyświetlenie informacji diagnostycznych”.

W ocenie Odwołującego powyższe nie jest prawdą, gdyż serwery HP DL380p Gen8 nie posiadają panelu LCD umieszczonego na froncie obudowy - na potwierdzenie Odwołujący załącza wydruk specyfikowanego serwera ze strony internetowej jego producenta firmy HP. Odwołujący wskazał, że powyżej opisane działanie SIMPLE należy zakwalifikować jako złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zarzut 3 - dotyczy: załącznik nr 2 - Macierz dyskowa

W punkcie 4. Dyski Zamawiający zażądał dostarczenia macierzy wyposażonej w: „Zainstalowane min. 16x 1TB 2,5" lub 3,5" SAS co najmniej 7,2k RPM”.

Wykonawca SIMPLE zaoferował natomiast dyski „16 x 1TB 3,5" NL SAS 7,2k RPM”. Zaoferowane przez SIMPLE dyski są niezgodne z SIWZ. Zamawiający wprost wskazał, że należy dostarczyć dyski działające w technologii SAS, a nie NL SAS.

W punkcie 5 Bezpieczeństwo danych Zamawiający wymagał aby oferowane urządzenie posiadało: „Technologia SMART lub równoważną”.

W parametrach oferowanych wykonawca SIMPLE umieściła informację: „Technologia SMART lub równoważną”.

Według wiedzy Odwołującego zaoferowana przez wykonawcę SIMPLE macierz HP P200G3 10GbE iSCSI MSA DS SFF Array nie posiada takiej funkcjonalności, ani nie posiada jej odpowiednika, który można by uznać za rozwiązanie równoważne. Konsekwencją powyższego powinno być uznanie oferty złożonej przez wykonawcę SIEMPLE za niezgodną z SIWZ.

Sygn. akt: KIO 2153/14

W dniu 13 października 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy CompuGroup Medical Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie (dalej „**Odwołujący II**” lub „**Odwołujący CGM**”) zarzucając zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu im. prof. W. Orłowskiego CMKP w Warszawie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SIMPLE S.A. w Warszawie, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, co dotyczy:
 - (a) parametrów zaoferowanego urządzenia NetGear XSM 7224S ProSafe (switch sieciowy w warstwie rdzeniowej - str. 85 oferty SIMPLE S.A.) w zakresie liczby portów, która w oferowanym urządzeniu wynosi 24, a zgodnie z wymaganiami SIWZ minimalna liczba portów została ustalona na 48;
 - (b) parametrów zaoferowanego urządzenia HP P2000 G3 10GbE iSCSI MSA DC SFF Array (macierz dyskowa str. 68 oferty SIMPLE S.A.) w zakresie zainstalowanych dysków (zaoferowano urządzenie z zainstalowanymi 16 dyskami 3,5" TB NL SAS, w sytuacji gdy Zamawiający wymagał zainstalowania dysków SAS).
 - (c) parametrów zaoferowanego urządzenia HP DL380p Gen8 (zestaw serwerowy typ 1, typ 2 i typ 3 - str. 59-67) w zakresie parametrów dotyczących diagnostyki (zaoferowano urządzenie z panelem LCD umieszczonym na froncie obudowy w sytuacji, gdy serwer nie dysponuje takim panelem [dotyczy zestawu serwerowego typ 3) oraz złożono ofertę wariantową - bez sprecyzowania konkretnego rozwiązania (dotyczy zestawu serwerowego typ 1 i typ 2, w sytuacji gdy SIWZ nie przewidywała takiej możliwości);
 - (d) okresu realizacji zamówienia określonego w Planie wdrożenia systemu dołączonym do oferty SIMPLE S.A. (str. 302-303), który nie odpowiada wymaganiam określonym w SIWZ oraz uniemożliwia dotrzymanie ustalonego przez Zamawiającego terminu zakończenia realizacji zamówienia.

2. art. 8 ust. 3 PZP, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu:
 - (a) części oferty złożonej przez wykonawcę SIMPLE S.A. w Warszawie objętej zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie obejmującym wykaz głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień ujętych w wykazie, a także dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających potencjał w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wraz z dokumentami dotyczącymi zamówień realizowanych przez te podmioty;

(b) zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

w sytuacji, gdy w wykazie głównych dostaw ujęte były zamówienia realizowane na rzecz podmiotów publicznych, które udzielane były w trybie ustawy - Prawo zamówień publicznych, co wyłączało możliwość objęcia ich zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, a protokół postępowania po ogłoszeniu wyniku postępowania Zamawiający zobligowany był udostępnić w pełnej treści.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o: (i) unieważnienie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) udostępnienie zastrzeżonych części oferty złożonej przez SIMPLE S.A. w Warszawie oraz udostępnienie pełnej treści protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; (iii) odrzucenie oferty SIMPLE S.A. w Warszawie; (iv) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swoich zarzutów, Odwołujący w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że Zamawiający wymagał m.in. dostawy sprzętu komputerowego i sieciowego. Wymagania minimalne odnoszące się do dostawy, instalacji i konfiguracji sprzętu zostały określone w załączniku nr 2 do SIWZ (pkt 2.3 SIWZ - str. 2). Zgodnie z treścią pkt 4.5 SIWZ (str. 9) w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia, odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego należało przedłożyć wypełnione formularze oceny spełniania parametrów określonych w opisie przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią załączników 1-6 do SIWZ (zgodnie z instrukcją w poszczególnych załącznikach). W ocenie Odwołującego, nie ulega zatem wątpliwości, iż w zakresie oferowanego sprzętu wypełniony załącznik nr 2 do SIWZ stanowił merytoryczną część oferty określającą zakres świadczenia wykonawcy.

W ocenie Odwołującego część zaoferowanych urządzeń przez wykonawcę SIMPLE S.A. nie spełnia wymagań określonych w SIWZ:

Ad. 1// Zarzut dotyczący parametrów urządzenia NetGear XSM 72245 ProSafe (switch sieciowy) Odwołujący wskazał, że na str. 58 wykonawca SIMPLE S.A. zamieścił instrukcję wypełniania załącznika nr 2 do SIWZ zawierającą m.in. wyliczenie oferowanych urządzeń. W pkt 14 wyliczenia wskazano: „Switch sieciowy w warstwie rdzeniowej -1 sztuka”. W dalszej części

oferty (str. 85) SIMPLE S.A. wskazało, iż we wskazanym wyżej elemencie zamówienia oferuje urządzenie NetGear XSM 72245 ProSafe (XSM72245-100EUS). W prawym górnym rogu wskazano w sposób wyraźny, iż oferowana jest dostawa jednej sztuki switch'a (przełącznika) NetGear („Switch sieciowy w warstwie rdzeniowej -1 sztuka”).

Zamawiający określając minimalne parametry urządzenia, w zakresie dotyczącym liczby portów zawarł następujący wymóg (poz. 3 tabeli): „Porty 10 GbE, SFP+ z obsługa funkcji full duplex; liczba portów minimum 48 z możliwością podłączenia do każdego portu kabla światłowodowego wielodomowego”.

Odwołujący wskazał, że wykonawca SIMPLE oświadczył, iż urządzenie NetGear dysponuje wymaganą liczbą 48 portów. Powyższe oświadczenie nie odpowiada jednak rzeczywistości. W świetle dostępnej dokumentacji nie ulega wątpliwości, że przełącznik NetGear XSM 7224S Prosafe dysponuje jedynie 24 portami. Jest to więc liczba o połowę mniejsza od wymaganej przez Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy bezspornym jest, iż oferta SIMPLE w omawianym wyżej zakresie nie odpowiada treści SIWZ i w związku z tym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał przy tym, że kwestia liczby portów w przełączniku sieciowym była przedmiotem wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w dniu 18 lipca 2014 r. Zamawiający dopuścił wówczas rozwiązanie, aby w miejsce przełącznika 48-portowego dostarczyć dwa przełączniki 24 portowe połączone w stosie (por. odpowiedzi na pytania nr 14.01, 16.02, 18.01). Z oferty SIMPLE wynika jednak, że wykonawca ten zaoferował tylko jedno urządzenie, które miało dysponować 48 portami. Z żadnego punktu oferty nie wynika, że SIMPLE zdecydowała się zastosować rozwiązanie, o którym mowa w wyjaśnieniach Zamawiającego, w szczególności zaś wykonawca ten nie wskazał, że oferuje więcej niż jedno urządzenie NetGear.

Ad. 2// Zarzut dotyczący parametrów urządzenia HP P2000 G3 10GbE iSCSI MSA DC SFF Array (macierz dyskowa)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisując parametry dostarczanej macierzy dyskowej, w części dotyczącej dysków zawarł następujący wymóg: Macierz powinna mieć możliwość

rozbudowy o moduły z dyskami NL SAS, SSD, SAS. Zainstalowane min. 16x 1TB 2.5" lub 3.5" SAS co najmniej 7.2k RPM.

W udzielonych wyjaśnieniach Zamawiający zmodyfikował parametry urządzenia odstępując od wymogu możliwości rozbudowy macierzy o moduły z dyskami SSD. Z treści zacytowanego wyżej fragmentu SIWZ wynika, że Zamawiający opisał swoje oczekiwania wobec dysków macierzy na dwóch obszarach dotyczących: (i) dysków zainstalowanych w macierzy i dostarczanych wraz z nią w ramach zamówienia; (ii) rodzaju dysków, o które macierz może być rozbudowana w przyszłości.

W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający dopuszczał możliwość rozbudowy dostarczonej macierzy o dwa rodzaje dysków tj. o dyski NL SAS (ang. near line serial attached SCSI) oraz o dyski SAS (ang. serial attached SCSI). Odmienne ukształtowanie jednak wymagania dotyczące dysków instalowanych w macierzy i dostarczanych Zamawiającemu w ramach zamówienia. W tym wypadku, w ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób wyraźny wskazał bowiem, że dopuszcza macierz z zainstalowanymi dyskami SAS. Odmienne niż to miało miejsce pierwszym zdaniu tej samej pozycji tabeli, Zamawiający nie wskazał, że możliwa jest w tym wypadku dostawa dysków z zainstalowanymi dyskami NLSAS.

Odwołujący wskazał, że z oferty wykonawcy SIMPLE (str. 68) wynika, że wykonawca ten zaoferował dostawę macierzy HP P2000 G3 10GbE (SCSI MSA DC SFF Array. W zakresie zainstalowanych dysków wskazano: Zainstalowane 16xTB 3.5" NLSAS 7,2k RPM, co nie odpowiada treści SIWZ i oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Odwołujący podniósł przy tym, że pomimo podobieństwa nazwy istnieją zasadnicze różnice pomiędzy dyskami SAS i NL SAS, które wykluczają utożsamianie obu rodzajów dysków. Dyski NL SAS technicznie odpowiadają starszym dyskom typu SATA, które wyposażono w interfejs dysków SAS. Dyski NL SAS są dużo tańsze od dysków SAS i co do zasady nie są przeznaczone do pracy ciągłej (a do takiej właśnie pracy przeznaczona jest macierz i system informatyczny dostarczane Zamawiającemu). W porównaniu do dysków SAS, dyski NL SAS cechują się bowiem mniejszą wydajnością, ale - co szczególnie istotne - większą awaryjnością. W żadnym wypadku nie można więc postawić pomiędzy dyskami SAS i NL SAS znaku równości. W szczególności zaś nie można uznać, że technologia NL SAS jest następcą technologii SAS. W ocenie Odwołującego analiza SIWZ prowadzi do oczywistego wniosku, iż Zamawiający był świadom tej różnicy, na co wskazuje odmienne ukształtowanie wymagań

Zamawiającego dotyczących dysków zainstalowanych w macierzy oraz dysków do rozbudowy, które zawarte zostały w tej samej pozycji tabeli Załącznika nr 2 do SIWZ.

Z powyższych względów Odwołujący wniósł o uwzględnienie powyższego zarzutu i odrzucenie oferty wykonawcy SIMPLE na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego wskazuje bowiem na stosowanie przez Zamawiającego w stosunku do oferty wykonawcy SIMPLE obniżonych rygorów formalnych, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców.

Ad. 3// Zarzut dotyczący parametrów urządzenia HP DL380p Gen8 (zestaw serwerowy typ 1, typ 2 i typ 3 -str. 59-67)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ramach niniejszego zamówienia wymagał dostawy trzech zestawów serwerowych opisywanych odpowiednio jako zestaw serwerowy typ 1, typ 2 oraz typ 3. Wśród wymagań stawianych wskazanym wyżej urządzeniom znalazł się również wymóg dotyczący panelu diagnostycznego: „Panel LCD, LED lub light path diagnostic umożliwiający wyświetlenie informacji diagnostycznych”.

Odwołujący wskazał, że wykonawca SIMPLE w przypadku każdego typu serwera zaoferował urządzenie HP DL380p Gen8. Opisując parametr oferowany w części dotyczącej diagnostyki wykonawca ten zastosował odmienne metodykę pomimo, że przedmiotem oferty w tym zakresie był w każdym wypadku ten sam serwer.

Odwołujący wskazał, że w dwóch przypadkach wykonawca SIMPLE nie wskazał konkretnego sposobu realizacji opisywanego wymagania, co sprawia, że oferta w tym zakresie zbliża się swoim charakterem do oferty wariantowej, których składanie zostało wyłączone przez Zamawiającego (por. pkt 2.16 SIWZ - str. 4). W trzecim przypadku SIMPLE wskazało jednak, że oferowany serwer na froncie obudowy dysponuje panelem LCD. Tymczasem w świetle informacji dostępnych Odwołującemu urządzenie HP DL380p Gen8 nie dysponuje panelem LCD. Należy więc uznać, że SIMPLE zaoferowała Zamawiającemu urządzenia nieistniejące. Co za tym idzie oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad. 4// Zarzut dotyczący niezgodności planu wdrożenia systemu z wymaganiami SIWZ

Odwołujący wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia, odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego wykonawcy mieli przedłożyć m.in. Plan wdrożenia systemu - zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SIWZ (Ramowy harmonogram prac nad wdrożeniem systemu) - por. pkt 4.5, poz, 5 tabeli, str. 9-10 SIWZ.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 8 do SIWZ ramowy harmonogram pracy ma stanowić bazę do przygotowania harmonogramu szczegółowego, o którym mowa we wzorze umowy. Zamawiający określił etapy realizacji zamówienia oraz orientacyjny czas ich trwania. Zamawiający wskazał jednak, że dopuszcza inny podział wdrożenia na prace do wykonania w ramach poszczególnych etapów. Uzgodnień w tym zakresie można jednak dokonywać dopiero na etapie realizacji umowy i w każdym wypadku wymagało pisemnej akceptacji Zamawiającego (pkt 9 i 11 Załącznika nr 8 do SIWZ).

W ocenie Odwołującego plan wdrożenia systemu jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia wymagań SIWZ. O ile więc wykonawcy dysponowali swobodą w ustaleniu czasu trwania poszczególnych etapów wdrożenia, to za bezsporne uznać należy, iż okres trwania wdrożenia określony w planie wdrożenia musi odpowiadać wymaganiom SIWZ i nie może wykroczyć poza termin końcowy realizacji zamówienia określony przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią ogłoszenia z dnia 23 lipca 2014 r. o zamianie ogłoszenia o zamówieniu (Dz.Urz. UE seria S139, nr 249024) termin realizacji zamówienia został określony na 30 czerwca 2015 roku (por. pkt VI.3 ogłoszenia). Z treści planu wdrożenia systemu złożonego przez SIMPLE wykonawca ten deklaruje zakończenie wdrożenia do wskazanej wyżej daty, jednakże czas wdrożenia liczy on od dnia 1 października 2014 r. Termin końcowy wyznaczony przez Zamawiającego zostanie więc dotrzymany wyłącznie jeśli prace rozpoczną się w dacie założonej przez wykonawcę tj. w terminie 1 października 2014 r.

Wiadomym jest, iż w dacie składania oferty wykonawca SIMPLE nie mógł wiedzieć, iż uzyska zamówienie publiczne, a tym bardziej znać daty zawarcia przyszłej umowy. Pomimo to kalkulując czas potrzebny na realizację wdrożenia przyjęła określoną datę początkową rozpoczęcia prac i przy takim założeniu zadeklarowała wykonanie zamówienia w terminie wymaganym przez Zamawiającego. Należy uznać, że wykonanie przedmiotu zamówienia musi ulec przesunięciu o ilość dni pomiędzy 1 października 2014 r. a faktyczną datą zawarcia umowy. Oznaczać to będzie w każdym przypadku, iż termin wykonania zamówienia tj. 30 czerwca 2015

r. nie może zostać dotrzymany. Oznacza to zaś, że treść oferty SIMPLE S.A. w tym zakresie nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 PZP, art. 96 ust. 3 PZP w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że w dniu 11 września 2014 r. zwrócił się do Zamawiającego o wgląd do treści ofert złożonych w postępowaniu oraz do protokołu postępowania. Wniosek Odwołującego nie spotkał się z formalną reakcją ze strony Zamawiającego. W kontaktach telefonicznych termin udostępnienia ofert był jednak wielokrotnie przesuwany przez Zamawiającego. Ostatecznie Odwołujący uzyskał wgląd w treść złożonych ofert w dniu 8 października 2014 r. tj. już po ogłoszeniu wyniku postępowania.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie część oferty SIMPLE. Odwołujący nie uzyskał jednak wglądu do części oferty wykonawcy SIMPLE obejmującej m.in. wykaz głównych dostaw wraz dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień ujętych w wykazie. Tymczasem jak wynika z treści wezwania Zamawiającego skierowanego do SIMPLE w dniu 12 września 2014 r. w wykazie zamieszczono przynajmniej dwa zamówienia zrealizowane przez SIMPLE w reżimie ustawy - Prawo zamówień publicznych. W świetle aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenie tego rodzaju informacji z całą pewnością należy wykluczyć, czego pełną świadomość miał sam Zamawiający. Świadczy o tym dobitnie treść wezwania z dnia 12 września 2014 r.

Niezależnie od powyższego w ocenie Odwołującego wykonawca SIMPLE zastrzeżeniem poufności objęła również dane dotyczące podmiotów udostępniających potencjał w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tymczasem nie ulega wątpliwości, iż przy realizacji zamówienia, że SIMPLE w trakcie realizacji zamówienia zamierza korzystać z zasobów i produktów MEDINET Sp. z o.o. w Opolu tj. spółki wchodzącej w skład grupy kapitałowej SIMPLE (por. str. 44 oferty). Odwołujący wskazał, że SIMPLE nie dysponuje bowiem własnym produktem odpowiadającym funkcjonalnością szpitalnemu systemowi informacyjnemu. Taki produkt w swojej ofercie posiada jednak spółka MEDINET. Należy przy tym wskazać, że produkt ten (system MediCom) został wskazany w treści w oferty, a sam wykonawca zadeklarował powierzenie tej części zamówienia podwykonawcom. Już więc z tego względu uznać należy, że zastrzeżenie oferty w tej części ma na celu wyłącznie utrudnienie pozostałym wykonawcom dostępu do informacji oraz weryfikacji prawidłowości złożonych ofert.

Odwołujący wskazał, iż zastrzeżenie zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia zasobów nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp i stanowi nadużycie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz prowadzi do nierównego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). W dalszej kolejności Odwołujący podniósł również, iż w dniu 8 października 2014 r. nie uzyskał on dostępu do protokołu postępowania. Pracownik Zamawiającego przedstawił do wglądu jedynie wydruk pierwszym siedmiu stron protokołu, który nie został podpisany, jak również nie był uzupełniony w całości. Zgodnie z informacją pracownika w dacie udostępnienia oferty protokół nie był jeszcze podpisany przez wszystkie uprawnione osoby. Należy zatem wskazać, że takiego działania Zamawiającego narusza przepis art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym protokół postępowania jest jawny.

Odwołujący wskazał, iż na obecnym etapie postępowania powstałe uchybienia mają w zasadzie charakter nieodwracalny. Zamawiający w sposób bezspeczny naruszył zasadę jawności postępowania, czym utrudnił Odwołującemu obronę swych praw w toczącym się postępowaniu. Biorąc pod uwagę fakt, iż zamówienie niniejszej finansowane jest ze środków europejskich Zamawiający powinien liczyć się z utratą części dofinansowania wspólnotowego wynikającego z nałożenia korekty finansowej i zwrotem części przyznanych środków.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego I, Odwołującego II oraz wykonawcy Simple S.A. na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (iv) oświadczenie Netgear Polska Sp. z o.o. z dnia 21 października 2014 r. na okoliczność ustalenia, iż urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Simple S.A. NETGEAR XSM 7224S spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ; (v) oświadczenie Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. z dnia 21 października 2014 r. oraz instrukcja użytkownika serwera HP ProLiant DL 380p Gen8 na okoliczność ustalenia, iż serwery zaoferowane przez wykonawcę Simple S.A. HP DL380pGen8 spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ; (vi) wyciąg z podręcznika „Logistyka” na okoliczność wykazania, że oferta Odwołującego I spełnia wymagania zamawiającego określone w pkt ERP 20.010 Załącznika nr 5 SIWZ; (vii) opinię

ekspertką nr 21/IT/VERITAS/2014 z dnia 22 października 2014 r. sporządzoną przez K. P. na okoliczność wykazania braku zgodności zaoferowanej przez wykonawcę SIMPLE macierzy dyskowej HP P2000 G3 10GbE iSCSI MSA DC z zainstalowanymi dyskami 3.5" TB NL SAS z wymaganiami SIWZ, potwierdzenia, iż standard SAS oraz NL SAS (near line SAS) stanowią dwa odrębne standardy, przy czym NL SAS stanowi techniczne rozwinięcie dysków SATA, potwierdzenie, iż dyski NL SAS posiadają parametry techniczne niższe niż dyski SAS i nie są rekomendowane do wykorzystania w celu przetwarzania danych w trybie ciągłym; (viii) wydruki ze strony internetowej <http://core-it.wws.edu.pl/o-programie.html> <http://core-it.wws.edu.pl/archiwum.html> oraz prezentację pana M. K. t. Współczesne systemy przechowania danych na okoliczność wykazania, iż standardy SAS oraz NL SAS (near line SAS) stanowią dwa odmienne standardy, przy czym NL SAS stanowi techniczne rozwinięcie dysków SATA oraz potwierdzenie, że dyski NL SAS posiadają parametry techniczne niższe niż dyski SAS i nie są rekomendowane do wykorzystania w celu przetworzenia danych w trybie ciągłym; (ix) opinię ekspertką nr 22/IT/VERITAS/2014 r. z dnia 22 października 2014 r. sporządzonej przez pana K. P. na okoliczność wykazania braku zgodności zaoferowanego przez wykonawcę SIMPLE przełącznika sieciowego NetGear XSM 7224S z wymaganiami SIWZ dotyczącymi minimalnej liczby portów sieciowych; (x) wydruk ze strony internetowej www.netgear.pl zawierającego specyfikację przełącznika NetGear XSM 7224S na okoliczność potwierdzenia parametrów technicznych urządzenia NetGear XSM 7224S; (xi) opinię ekspertką nr 23/IT/VERITAS/2014 z dnia 22 października 2014 r. sporządzonej przez pana K. P. na okoliczność potwierdzenia, iż zaoferowany przez wykonawcę SIMPLE serwer HP DL380p Gen8 nie dysponuje umieszczonymi na froncie obudowy panelem LCD wyświetlającym komunikaty diagnostyczne; (xii) informacje zamieszczone przez wykonawcę SIMPLE na stronie internetowej w zakładce Relacje Inwestorskie; (xiii) protokół postępowania oraz powiadomienie o unieważnieniu postępowania przetargowego nr 11/8/2014 na okoliczność wykazania, iż Zamawiający nie zwiększy środków na realizację zamówienia.

Izba oddaliła wniosek dowodowy o powołanie biegłego sądowego z zakresu informatyki. Oddalając wskazany wniosek Izba uznała, że strony oraz uczestnik postępowania reprezentowane są przez osoby posiadające odpowiednią, stosowną do przedmiotu sporu wiedzę. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są w swoim interesie wykazać okoliczności mające znaczenie dla wykazania słuszności prezentowanego przez nie stanowiska. W tej konfiguracji nie jest niezbędne zasięgnięcie opinii biegłego w celu uzyskania wiadomości

specjalnych, nie pozostających w dyspozycji stron oraz składu orzekającego - skoro strony posiadanie wskazanej wiedzy deklarują, ich rzeczą jest jej zaprezentowanie w ramach uzasadnienia własnych stanowisk, w taki sposób by przekonać o trafności prezentowanego stanowiska. Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem prowadzonym między profesjonalistami, i to nie tylko w znaczeniu zorganizowanego sposobu prowadzenia działalności – co do zasady jako przedsiębiorca, ale przede wszystkim profesjonalistami w zakresie oferowanego przedmiotu i związanej z nim materii. Skoro Zamawiający dokonuje w trybie zamówienia publicznego zakupu, to należy uznać że posiada dostateczną wiedzę i rozeznanie w zakresie przedmiotu tego zakupu, podobnie jak wykonawcy którzy w odpowiedzi oferują odpowiednie, wymagane przez zamawiającego dostawy i usługi. Tym samym potrzeba zasięgnięcia wiadomości specjalnych jawi się jako wyjątek od zasady doskonałej znajomości przez uczestników postępowania przedmiotu zamówienia oraz kwestii technicznych i funkcjonalnych z nim związanych. Uwzględniając zatem kontradiktoryjny charakter postępowania oraz wynikające art. 6 Kc zasady ciężaru dowodu, to strony dla wykazania trafności swego stanowiska obowiązane są bezspornie udowodnić okoliczności z których wywodzą skutki prawne, co – posiadając odpowiednią, zgodną z brzmieniem tezy dowodowej – wiedzę mogą uczynić we własnym zakresie. Wskazana argumentacja i wnioski przedstawiane przez strony i uczestnika postępowania podlegają ocenie, na takich samych zasadach na jakich podlegałyby ocenie dowód z ewentualnej opinii biegłego.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. System usług informatycznych w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 czerwca 2014 r. pod numerem 2014/S 118 – 209527.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 4.5 SIWZ wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego przedkładali m.in. wypełnione formularze oceny spełnienia parametrów określonych w opisie przedmiotu zamówienia dla systemu usług informatycznych zgodne z treścią załączników nr 1, 2, 3, 4, 5, 6 do SIWZ. Spór w przedmiotowej sprawie dotyczy załącznika nr 5 do SIWZ, niewłaściwego

wypełnienia kolumny nr 4, w którym zamieszczona została następująca instrukcja wypełnienia formularza:

„Czy SUI spełnia? - w tej kolumnie Wykonawca wpisuje słowo albo "TAK", jeżeli oferowany System Usług Informatycznych (SUI) spełnia wymaganie opisane w wierszu, albo "NIE" - gdy nie spełnia; niewypełnienie tej pozycji (brak wpisu) Zamawiający przyjmie, jako oświadczenie o niespełnieniu wymagania - braku danej funkcjonalności w oferowanym Systemie."

Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 5 podzielił wymagania funkcjonalne w stosunku do system na wymagania podstawowe oraz wymagania dodatkowe. Wymagania podstawowe (obligatoryjne) musiały być spełnione przez każdego wykonawcę jako warunek udziału w postępowaniu, zaś wymagania dodatkowe (opcjonalne) nie musiały być spełnione jako warunek udziału w postępowaniu. Wykonawcy otrzymywali dodatkowe punkty za zaoferowanie opcjonalnych funkcjonalności. Zamawiający wyróżnił 457 wymagań funkcjonalnych, w tym 431 podstawowych i 26 dodatkowych, które zebrał w 26 obszarach funkcjonalnych oznaczonych kodami i nazwami.

Izba ustaliła, że Odwołujący WASKO w Załączniku nr 5, w zakresie funkcjonalności oznaczonej symbolem ERP 20.010 wpisał następującą treść „HIS 314 – 315”.

Izba ustaliła, że zgodnie z treścią Załącznika nr 3 do SIWZ Zamawiający określił następujące wymagania w zakresie:

- (a) switch'a sieciowego w warstwie rdzeniowej – pkt 3: Porty – Porty 10 GbE, SFP+ z obsługą funkcji full duplex, liczba portów minimum 40 z możliwością podłączenia do każdego portu kabla światłowodowego wielomodowego;
- (b) macierzy dyskowej – nazwa komponentu: DYSKI - Macierz powinna mieć możliwość rozbudowy o moduły z dyskami NL SAS, SAS. Zainstalowane min. 16x1TB 2,5" lub 3,5" SAS co najmniej 7,2 RPM;
- (c) zestawu serwerowego Typ 1, Typ 2 oraz Typ 3 – Diagnostyka – Panel LCD, LED lub light path diagnostic umożliwiający wyświetlenie informacji;

Izba ustaliła, że wykonawca SIMPLE w treści oferty zaoferował w zakresie:

- (a) switch'a sieciowego w warstwie rdzeniowej – switch sieciowy w warstwie rdzeniowej – 1 sztuka; w części opisowej w pkt 3 zawarł następujący opis oferowanego urządzenia: porty 10 GbE, SFP+ z obsługą funkcji full duplex: liczba portów 48 z możliwością podłączenia do każdego portu kabla światłowodowego wielomodowego;
- (b) macierzy dyskowej - Macierz ma możliwość rozbudowy o moduły z dyskami NL SAS, SAS. Zainstalowane min. 16x1TB 2,5" lub 3,5" NL SAS co najmniej 7,2 RPM;
- (c) zestawu serwerowego Typ 1, Typ 2 oraz Typ 3 – wykonawca SIMPLE zaoferował to samo urządzenie dla wszystkich trzech zestawów tj. HP DL380p Gen8. W zakresie zestawów Typ 1 i Typ 2 wskazał, że oferuje Panel LCD, LED lub light diagnostic, umożliwiające wyświetlanie informacji; w zakresie zestawu Typ 3 wskazał, że oferuje Panel LCD umieszczony na froncie obudowy umożliwiające wyświetlanie informacji diagnostycznej.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na zapytania do SIWZ, Zamawiający w dniu 18 lipca 2014 r. w zakresie switch'a sieciowego dopuścił możliwość zrealizowania wymagań poprzez dwa rozwiązania: (i) zaoferowanie jednego urządzenia z minimalną liczbą 40 portów; (ii) zaoferowanie urządzeń z łączną liczbą portów spełniających minimum określone w SIWZ.

Izba ustaliła, że wykonawca SIMPLE zastrzegł następujące dokumenty jako tajemnica przedsiębiorstwa: (i) wykaz wykonanych usług i dostaw – załącznik nr 2 do oferty; (ii) potwierdzenia, że wykonane zamówienia ujęte w wykazie zostały wykonane należycie; (iii) zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów – załącznik nr 3 do oferty; (iv) wykaz osób do wykonania przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 4 do ofert; (v) dokumentacja funkcjonalno – użytkowa oferowanego urządzenia – Załącznik nr 18 do oferty; (vi) Certyfikat wydany przez producenta oferowanego systemu okablowania strukturalnego oraz dokument imienny poświadczający ukończenie kursu certyfikowanego przez minimum dwóch pracowników wydany na okres 2 lat od producenta – Załącznik nr 19; (vii) próbka systemu w formie laptopa - Załącznik nr 21 do oferty.

Izba ustaliła, że wykonawca SIMPLE pismem z dnia 2 września 2014 r. złożył wyjaśnienia co do podstaw zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Treść pisma została również zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 3 października 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta złożona przez Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona (zgodnie z przekazanym uzasadnieniem faktycznym), ponieważ w ofercie, w załączniku numer 5, w pozycji ERP 20.010 (strona 147 oferty), w kolumnie 4 zamiast słowa „TAK” zostało wpisane „HIS 314-315”.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 15 października 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 2134/14 wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców: Simple S.A. oraz CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. Wobec dokonania zgłoszeń w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Ponadto Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 15 października 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt 2153/14 wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców: Simple S.A. po stronie Zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WASKO S.A. – Lider Konsorcjum oraz Gabos Software Sp. z o.o. – członek Konsorcjum po stronie Odwołującego CGM. Wobec dokonania zgłoszeń w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

W dniu 28 października 2014 r. Zamawiający złożył odpowiedź na oba odwołanie, wnoszą o oddalenie podniesionych zarzutów w całości.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

Oba dowołania zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że oba Odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Izba nie podzieliła twierdzeń Zamawiającego o braku legitymacji po stronie Odwołującego CGM do korzystania ze środków ochrony prawnej. Fakt, że cena oferty Odwołującego CGM znacznie przewyższa wskazaną przez Zamawiającego przed otwarciem kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i związana z tym możliwość unieważnienia postępowania, nie stanowi o braku legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej. Zamawiający unieważnił postępowanie, o ile rzeczywiście budżet nie będzie mógł zostać i nie zostanie zwiększony, jednak w momencie orzekania w przedmiotowej sprawie jest to zdarzenie hipotetyczne (podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z 26 kwietnia 2013 r. sygn. akt: KIO 863/13 oraz z 24 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2332/13, KIO 2333/13). Ponadto, Izba nie podzieliła stanowiska wykonawcy SIMPLE wnoszącego o oddalenie z powodu braku interesu. Wykonawca ten powołał się na orzeczenie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2816/13 z dnia 23 grudnia 2013 r. Wskazać jednak należy, że orzeczenie to dotyczy odmiennego stanu faktycznego. Izba uznała brak interesu po stronie odwołującego z powodu braku zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie ma miejsca.

Rozstrzygnięcie co do zarzutów wspólnie podnoszonych przez obu odwołujących

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SIMPLE jako niezgodnej z treścią SIWZ

W ocenie Izby powyższy zarzut potwierdził się w zakresie zaoferowania przez wykonawcę SIMPLE macierzy dyskowej z dyskami innymi niż wymaganymi przez Zamawiającego. Bezspornym w niniejszym postępowaniu jest fakt, że wykonawca SIMPLE w treści oferty zadeklarował dostawę macierzy z dyskami typu NL SAS. Wskazał ponadto, że zaoferowane przez niego dyski NL SAS spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego wskazane w SIWZ, na dowód czego przedłożył oświadczenie Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. z dnia 21

października 2014 r. Wykonawca SIMPLE argumentował również, że słowo „SAS” jest określeniem technologii, a określenie dysków takie jak NL SAS, MDL SAS czy N-SAS są zabiegami marketingowymi, a żaden z producentów dysków nie stosuje takich nazw jak NL SAS, MDL – SAS czy N-SAS, a używa ich DELL, HP, IBM do określenia dysków SAS o prędkości obrotowej 7200 obrotów/minutę. Wykonawca SIMPLE wskazał również, że określenie użyte przez Zamawiającego w zakresie wymaganych dysków należy rozumieć jako dyski SAS o prędkości 7,2k RPM.

W ocenie Izby, punktem wyjścia do rozstrzygnięcia powyższego zarzutu winny być zapisy SIWZ, wedle zapisów których wykonawcy winni byli przygotować swoje oferty. W tym aspekcie należy wskazać, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazują, iż przy interpretowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy co do zasady stosować literalną wykładnię ich treści, co zapobiega uznaniowości na etapie oceny ofert wykonawców, którzy wyrazili wolę udziału w postępowaniu. Wobec tego przy wykładni znaczenia postanowień siwz należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego. Jeśli interpretacja siwz przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwala na ustalenie, iż z danego postanowienia siwz można wyprowadzić co najmniej dwa poprawne, zgodne z przepisami rozwiązania, to takie postanowienie siwz musi być wykładane na korzyść wykonawców.

Izba dokonując analizy postanowień SIWZ przygotowanej przez Zamawiającego na potrzeby postępowania stwierdziła, że Zamawiający dokonał rozróżnienia w treści SIWZ pomiędzy dyskami SAS a dyskami NL SAS. Rozróżnienie to było konsekwentnie stosowane w treści Załącznika nr 2 do SIWZ. Opisując wymagania dotyczące dysków twardech Zamawiający konsekwentnie wskazywał, że wymaga możliwości instalacji dysków twardech SAS i NL SAS oraz zainstalowania 3 dysków twardech o pojemności minimum 146GB 2,5" lub 3,5" SAS. Co więcej, w taki sam sposób Zamawiający opisał wymagania stawiane dyskom twardym instalowanym w serwerach typ 1, typ 2 oraz typ 3, wskazując, iż wymaga możliwości instalacji dysków twardech SATA, SAS, NL SAS i SDD oraz zainstalowania 3/2 dyski twarde o pojemności minimum 146GB 2,5" lub 3,5" SAS RPM. Przywołane zapisy SIWZ w sposób bezsporny potwierdzają, iż Zamawiający dopuszczał możliwość rozbudowy dostarczonej macierzy o dwa rodzaje dysków tj. o dyski NL SAS oraz o dyski SAS. Odmienne ukształtowanie jednak wymagania dotyczące dysków instalowanych w macierzy i dostarczanych

Zamawiającemu w ramach zamówienia. W tym wypadku Zamawiający w sposób wyraźny wskazał bowiem, że dopuszcza macierz z zainstalowanymi dyskami SAS. Odmienne niż to miało miejsce w pierwszym zdaniu tej samej pozycji tabeli, Zamawiający nie wskazał, że możliwa jest w tym wypadku dostawa dysków z zainstalowanymi dyskami NL SAS. Znamienne również jest to, iż sam wykonawca SIMPLE dostrzegł powyższe rozróżnienie, co znalazło odzwierciedlenie w treści jego oferty. W zakresie bowiem dysków wymaganych w zestawach serwerowych zaoferował dyski SAS, czyli dyski wskazane przez Zamawiającego w treści SIWZ, nie zaś dyski NL SAS, mimo, iż wymagania Zamawiającego dotyczące dysków w macierzy dyskowej oraz w zestawach serwerowych zostały sformułowane na tych samych zasadach.

Biorąc pod uwagę powyższe i kierując się zasadną literalnej wykładni postanowień SIWZ Izba uznała, że wykonawca SIMPLE zaoferował macierz dyskową z dyskami, które są niezgodne z postanowieniami SIWZ. Niezasadna w tym zakresie jest argumentacja przedstawiona przez wykonawcę SIMPLE, iż pod pojęciem „SAS” należy rozumieć wszystkie dyski SAS o prędkości obrotowej 7200 obrotów/minutę. Taka interpretacji postanowień SIWZ stoi w sprzeczności z literalną wykładnią postanowień SIWZ i jest wyłącznie próbą dostosowania i interpretowania odpowiednich postanowień SIWZ do treści oferty złożonej przez wykonawcę SIMPLE. Również argument wykonawcy SIMPLE, że dyski NL SAS spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego nie uzasadniają zaoferowanej innego technologii niż wymagał Zamawiający. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Odwołującego, który podkreślił, że to właśnie nazwa danego dysku SAS, NL SAS czy SDD utożsamia określoną technologię, zaś Zamawiający w sposób oczywisty rozróżniał powyższe technologie w treści SIWZ. Również za niezasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego prezentowane na rozprawie, iż jego intencją było umożliwienie zaoferowania przez wykonawców dysków należących do grupy SAS. Wskazał również w odpowiedzi na odwołanie, iż zapis „SAS” tak jak rozumie go Zamawiający obejmuje dwie kategorie dysków SAS i NL SAS. Jednak jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza, intencje Zamawiającego nie znajdujące odzwierciedlenia w treści SIWZ nie mogą mieć żadnego wpływu na proces analizy i oceny ofert. Wyrażone przez Zamawiającego intencje i interpretacje SIWZ stoją w sprzeczności z zapisami SIWZ. Skoro jak twierdzi Zamawiający przez pojęcie „SAS” należy rozumieć dyski NL SAS oraz SAS, bezcelowym byłoby konsekwentne odróżnianie dysków NL i SAS w SIWZ, a wystarczającym byłoby posługiwanie się jednym określeniem. W niniejszej sprawie intencje Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy zamierzają do ewidentnego preferowania jednego wykonawcy, co stoi w sprzeczności z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Co do dowodów przedłożonych Izbie w zakresie powyższego zarzut, to w pierwszej kolejności Izba zaznacza, że dowodem podstawowym i głównym dla rozstrzygnięcia ww. zarzut jest SIWZ. To ten dokument określa szczegółowo wymagania Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Jak zostało wskazane powyżej, na podstawie literalnej wykładni odpowiednich postanowień SIWZ Izba uznała, że Zamawiający jak i sam wykonawca SIMPLE rozróżniali dyski SAS od NL SAS, odpowiednio w SIWZ oraz dokumentacji ofertowej. Za zbyteczne i nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu Izba uznała analizowanie różnic technologicznych pomiędzy dyskami SAS i NL SAS czy też udowadnianie, których z tych dysków jest rozwiązaniem bardziej czy mniej odpowiednim dla Zamawiającego. Sam bowiem Zamawiający wskazał w treści SIWZ w sposób jednoznaczny jakich dysków wymaga.

W ocenie Izby niezgodność treści oferty wykonawcy SIMPLE w zakresie switch'a sieciowego w warstwie rdzeniowej oraz panelu diagnostycznego dla zestawu serwerowe typ 3 uprawniały Zamawiającego do dokonania zmian w treści oferty Przystępującego SIMPLE w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie switch'a sieciowego w warstwie rdzeniowej, Izba przychyliła się do stanowiska wykonawcy SIMPLE, iż brak wskazania w prawnym górnym rogu właściwej liczby oferowanych urządzeń wynikał z faktu, iż korzystał on ze wzoru formularza przygotowanego przez Zamawiającego, w którym zamieszczony został wymóg zaoferowania 1 sztuki urządzenia. Zamawiający w udzielonych wyjaśnieniach do treści SIWZ w dniu 18 lipca 2014 r. dopuścił możliwość zaoferowania urządzeń z łączną liczbą portów spełniających minimalne wymagania określone w SIWZ. Zamawiający nie zmieniał w tym zakresie wzorów załączników. Z opisu oferowanego urządzenia zamieszczanego w treści Załącznika nr 2 wynika bezspornie, że wykonawca SIMPLE zaoferował urządzenie z 48 portami. Strony postępowania odwoławczego potwierdziły, że wyłącznie zaoferowanie dwóch urządzeń typu Netgear XSM 7224S ProSafe możliwie dostarczenie 48 portów. Błąd wykonawcy SIMPLE co do wskazania w lewym górnym rogu liczby oferowanych urządzeń, w świetle oświadczenia zawartego w opisie oferowanego urządzenia, Izba uznała za omyłkę wynikającą z braku staranności z przygotowaniem Załącznika nr 2 oraz faktu, iż wykonawca ten skorzystał w przygotowanego przez Zamawiającego wzoru załącznika, którego treść nie była dostosowana do zmian wprowadzonych w treści SIWZ w wyniku udzielonych odpowiedzi w dniu 18 lipca 2014 r. Izba również nie uznała za zasadny zarzut Odwołującego WASKO jakoby zaoferowane przez wykonawcę SIMPLE urządzenia nie

spełniały wymagań Zamawiającego w zakresie parametru przełączenia o wartości minimalnej 480 Gbps. Wykonawca SIMPLE przedłożył Izbie oświadczenie NetGear Poland Sp. z o.o. na potwierdzenie, że oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego. Wobec braku dowodu przeciwnego ze strony Odwołującego WASKO, Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęciu, iż oferowane przez wykonawcę urządzenia nie spełnia wymogów wskazanych przez Odwołującego WASKO.

Co do niezgodności treści oferty wykonawcy SIMPLE ze SIWZ w zakresie zaoferowanego panelu diagnostycznego w ramach zestawu serwerowego typ 3, Izba również uznała, że omyłka w opisie zaoferowanego panelu jest rodzajem omyłki, która winna być skorygowana na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca SIMPLE w przypadku każdego typu zestawu serwerowego zaoferował to samo urządzenie tj. HP DL380p Gen8. Przedłożone Izbie dowody potwierdziły, że urządzenie HP DL380p Gen8 jest wyposażone w panel LED i w ten sposób spełniało wymagania Zamawiającego. W przypadku serwera typ 1 oraz typ 2 wykonawca SIMPLE dokonał opisu urządzenia w sposób, który potwierdził wymagania Zamawiającego, opis ten wskazywał bowiem, że urządzenia jest wyposażone w panel LED. Jedynie w stosunku do zestawu serwerowego typ 3 wykonawca zamieścił odmienny opis, który jak wskazał był wynikiem omyłki edytorskiej. W związku z faktem, iż dla każdego typu zestawu serwerowego wykonawca zaoferował to samo urządzenie, Izba uznała, że zasadnym byłoby skorygowanie niewłaściwego opisu panelu diagnostycznego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skorygowanie powyższej omyłki nie doprowadzi do zmiany oferty Przystępującego SIMPLE, gdyż zarówno przed, jak i po dokonaniu zmiany wykonawca oferuje to samo urządzenie.

Izba uznała za niezasadny zarzut Odwołującego, iż macierz dyskowa zaoferowana przez wykonawcę SIMPLE nie posiada technologii SMART lub równoważnej. Izba w tym zakresie przychyliła się do stanowiska wykonawcy SIMPLE, popartego oświadczeniem firmy Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. potwierdzając, że zaoferowana przez wykonawcę SIMPLE macierz dyskowa posiada technologię SMART. Odwołujący nie przedstawił Izbie żadnego dowodu przeciwnego.

Należy wskazać, że pomimo możliwości poprawienia błędów w ofercie wykonawcy SIMPLE w zakresie switch'a sieciowego w warstwie rdzeniowej oraz panelu diagnostycznego, oferta

wykonawcy SIMPLE podlega odrzuceniu z uwagi na nieusuwalny charakter niezgodności oferty wykonawcy SIMPLE w zakresie oferowanych dysków w macierzy dyskowej.

Rozstrzygnięcie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu w sprawie o sygn. akt. 2134/14

Zarzut dotyczący nierzetelnej oceny oferty Odwołującego WASKO i niezgodnego z przepisami ustawy Pzp odrzucenia oferty Odwołującego WASKO

W ocenie Izby powyższy zarzut potwierdził się. Działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego WASKO naruszyło dyspozycje przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak ustaliła Izba dokument w postaci Załącznika nr 5 był składany przez wykonawców w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Źródłem uprawnienia Zamawiającego do żądania dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają jego wymagania jest art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dalej należy wskazać, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy, który w określonym terminie złożył wymagane oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp z błędami do złożenia właściwych oświadczeń i dokumentów, chyba, że pomimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu. Podkreślenia wymaga, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego nie może doprowadzić do obejścia przepisów o zakazie zmiany treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. Zależność i korelacja obu przepisów jest między sobą niewątpliwa i winny być one czytane łącznie, zaś zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do naruszenia art. 87 ust. 1.

Zamawiający uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego WASKO wskazał, że brak potwierdzenia w treści Załącznika nr 5 przez Odwołującego WASKO wymagania oznaczonego ERP 20.010 będącego obligatoryjnym wymaganiem spowodowało, iż oferta Odwołującego WASKO jest w swojej warstwie merytorycznej niezgodna z SIWZ. Zamawiający wskazał również, że ze względu na charakter oświadczeń zawartych w załączniku nr 5 Zamawiający nie mógł wezwać Odwołującego WASKO do uzupełniania Załącznika nr 5 w trybie art. 26 ust. 4

ustawy Pzp. Odwołujący wskazywał zaś, że popełnił niezamierzony błąd wypełniając pkt ERP 20.010 w sposób niezgodny z instrukcją Zamawiającego. Podkreślił również, że w pozostałym zakresie jego oferta jest zgodna ze SIWZ, złożył oświadczenie, iż wykona zamówienie zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ, złożył próbkę, przy pomocy której można było zweryfikować wszystkie podstawowe (obligatoryjne) funkcjonalności systemu wymagane przez Zamawiającego. Wskazał również, że załączonego do treści oferty podręcznika Logistyka wynika, że spełnione są wymagania funkcjonalne oznaczone ERP 20.010 w Załączniku nr 5.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że okolicznością bezsporną w niniejszym postępowaniu jest fakt, iż Odwołujący WASKO nie wypełnił treści Załącznika nr 5 pkt ERP 20.010 w sposób wymagany przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał bowiem od wykonawców wpisania w odpowiedniej rubryce słowa TAK lub NIE. Odwołujący wpisał „HIS 314 – 315”. Jak zostało ustalone podczas rozprawy użyte przez Odwołującego określone HIS 314 – 315 nie ma związku z wymaganiami funkcjonalnymi określonymi w Załączniku nr 5. Odniesieni się bowiem systemu HIS, nie zaś systemu ERP.

Zadaniem Izby było więc rozstrzygnięcie czy niepoprawne wypełnienie Załącznika nr 5 dało Zamawiającemu podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego WASKO jako niezgodnej z treścią SIWZ. Izba stanęła na stanowisku, iż błąd Odwołującego winien być skorygowany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawienie bowiem treści Załącznika nr 5, jako dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy i usługi spełniają wymagania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie spowodowałyby w ocenie Izby istotnych zmian w treści oferty Odwołującego WASKO.

W ocenie Izby, sam fakt niewłaściwego wypełnienia jednej kolumny w Załączniku nr 5 w zakresie podstawowej (obligatoryjnej) funkcjonalności systemu nie powoduje automatycznego przyjęcia braku możliwości dokonania zmian w treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zauważyć bowiem należy, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uprawnia Zamawiającego do poprawienia w ofercie wykonawcy innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze SIWZ, o ile nie spowoduje to zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. Zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych dopuszcza się poprawienie treści oferty wykonawcy odnoszącej się bezpośrednio do jej essentialiae negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. O

tym czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy.

W ocenianym przez Izbę stanie faktycznym poprawienie omyłki Odwołującego WASKO nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. W tym zakresie Izba wzięła pod uwagę przede wszystkim zakres wymagań wskazanych w Załączniku nr 5. Zamawiający wyróżnił 457 wymagań funkcjonalnych, w tym 431 podstawowych i 26 dodatkowych. Wymaganie oznaczone kodem ERP 20.010 dotyczy 21 funkcjonalności podstawowych z czego spornych w niniejszym postępowaniu jest 14. Przyjmując nawet teoretycznie, iż niezgodność dotyczy 14 z 431 funkcjonalności podstawowych (czego w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał i co zostanie omówione szczegółowo w dalszej części uzasadnienia), dokonanie zmiany w Załączniku nr 5 poprzez wpisanie słowa TAK w jednej rubryce nie doprowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty. Należy zauważyć, że wszystkie z 431 wymagań określonych przez Zamawiającego w załączniku nr 5 były traktowane równorzędnie, a niespełnienie któregośkolwiek z nich skutkowało brakiem zaoferowania danej funkcjonalności, a w konsekwencji odrzuceniem oferty. W ocenie Izby biorąc pod uwagę powyższą liczbę wymagań i ich równorzędny charakter, o istotnym lub nieistotnym charakterze zmiany w treści oferty decyduje w szczególności zakres dokonanej zmiany. Poprawienie treści Załącznika nr 5 w pkt ERP 20.010 w okolicznościach niniejszej sprawy nie doprowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty, gdyż zakres byłby ograniczony do zaledwie 14 elementów z 431 wymagań wskazanych przez Zamawiającego. Ponadto, wskazać należy, że w pozostałym zakresie oferta Odwołującego była zgodna z treścią wymagań SIWZ i spełniała również wszystkie 423 wymagań podstawowych dotyczących części medycznej/białej systemu. Pojawienie się jednej niewłaściwie wypełnionej rubryki, biorąc pod uwagę liczbę wymagań stawianych przez Zamawiającego w stosunku do systemu oraz objętość samych załączników do oferty, pozwala na przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego WASKO, że niewłaściwe wypełnienie jednej rubryki było wyłącznie niezamierzonym błędem wykonawcy.

Co więcej, w ocenie Izby, Odwołujący WASKO wykazał podczas rozprawy, że oferowany przez niego system spełnia wymagania Zamawiającego z pkt ERP 20.010, co znalazło potwierdzenie w dokumentacji załączonej do oferty. Izba w tym zakresie uznała za zasadne stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego WASKO, iż funkcjonalność wymagana przez Zamawiającego w pkt ERP 20.010 wynikała z załączonego do treści oferty podręcznika „Logistyka”. Odwołujący WASKO w sposób szczegółowy i precyzyjny wskazał poszczególne

strony odpowiadające wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający zaś, w ocenie Izby, nie przedstawił żadnych dowodów ani spójnej i przekonującej argumentacji zaprzeczającej tezie Odwołującego WASKO. Podczas rozprawy wskazał wyłącznie, iż zespół biegłych dokonał rzetelnej i dogłębnej analizy oferty Odwołującego (dalej „**Analiza**”), która potwierdziła, że oferowany przez Odwołującego WASKO system nie spełnia wymagań określonych w pkt ERP 20.010.. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Analiza została wykonana członków komisji przetargowej więc używanie wobec nich określenie biegłych jest niepoprawne. Zamawiający nie dokonał bowiem oceny treści oferty Odwołującego z pomocą niezależnych biegłych. Po drugie należy wskazać, Analiza nie zawiera jakiegokolwiek informacji jaka metodologia badania i oceny oferty Odwołującego WASKO została zastosowana przez komisję. Wskazano wyłącznie, iż analizę rozpoczęto o wyszukiwania stron odnoszących się do kluczowego terminu „indeks materiałów”, stwierdzając w dalszej części, że analiza nie doprowadziła do potwierdzenia większości funkcjonalności wskazanych w pkt ERP 20.010. W ocenie Izby powyższy dowód Zamawiającego nie potwierdzenie w żaden sposób braku spełnienia kwestionowanych przez Zamawiającego funkcjonalności i nie może stanowić podstawy do przyjęcia przez Izbę słuszności stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego. Zarówno w Analizie jak i w odpowiedzi na odwołanie brak jest rzetelnej analizy każdego z wymagań wskazanych w pkt ERP 20.010. Zamawiający nie wyjaśnił podczas rozprawy dlaczego strony wskazane przez Odwołującego z podręcznika „Logistyka” nie potwierdzają funkcjonalności wymaganej w pkt ERP 20.010, odwołującej się do rzekomej analizy zespołu biegłych. Jednakże przywoływana przez Zamawiającego Analiza nie zawiera żadnego szczegółowego omówienia rzekomego braku zaoferowania funkcjonalności wskazanych w pkt ERP 20.010. Słusznie wskazał Odwołujący WASKO, iż każdy z wykonawców oferujący system dla Zamawiającego używa własnej terminologii do określenia poszczególnych funkcjonalności systemu. Nie chodzi tu jednak o terminologię używaną dla określenia danej funkcjonalności, ale o ustalenie czy pod daną nazwą/terminem używanym przez wykonawcę oferowane jest rozwiązanie żądane przez Zamawiającego. Obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie Izbie, że 14 zakwestionowanych przez niego funkcjonalności z pkt ERP 20.010 nie jest oferowanych przez Odwołującego WASKO i nie wynikają one z treści dokumentów załączonych do oferty. Zamawiającego powyższej okoliczności nie wykazał w trakcie postępowania dowodowego. Znamienne również jest oświadczenie złożone przez Zamawiającego podczas rozprawy, iż w zakresie wymagania ERP 20.010 nie wymagał od wykonawców wskazania konkretnych stron w dokumentacji postępowania, gdyż nie byłby w stanie zweryfikować czy dany wykonawca oferuje funkcjonalność wskazaną w pkt ERP 20.010. W tym zakresie oparł się wyłącznie na

oświadczeniu wykonawcy. W świetle powyższego oświadczenia, analiza oferty Odwołującego WASKO dokonana przez członków komisji przetargowej winna wskazywać dlaczego poszczególne funkcjonalności nie zostały spełnione przez Odwołującego WASKO z powołaniem się na konkretne zapisy z podręcznika „Logistyka”, i wskazanie, iż treść zawarta w poszczególnych opisach, nie nazwa jaką Odwołujący WASKO używa do określenia poszczególnych funkcjonalności, nie spełnia wymagań Zamawiającego. Brak takiej analizy powoduje, że przedłożony dokument nie stanowi dowodu na potwierdzenie braku zaoferowania przez Odwołującego WASKO wymaganych w pkt ERP 20.010 funkcjonalności.

Co do argumentu Zamawiającego, że w treści Załącznika nr 5 została zamieszczona instrukcja, z której wynikało, że w przypadku niewypełnienia rubryki (brak wpisu) lub też wpisanie słowa NIE Zamawiający uznała, że oferowany system nie spełnia żadnej funkcjonalności, należy zauważyć, że żadnej z powyższych przypadków nie zachodzi w stosunku do oferty Odwołującego WASKO. Odwołujący nie wpisał bowiem słowa „NIE”, również nie pozostawił rubryki bez wypełnienia. Odwołujący WASKO omyłkowo wpisał treść nie mającą związku z system ERP. Obowiązkiem Zamawiającego było co najmniej wystąpienie do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 o złożenie wyjaśnień co do informacji znajdujących się w treści rubryki ERP 20.010. Dopiero na ich podstawie Zamawiający miałby możliwość ustalenia znaczenia wpisu zamieszczonego przez Odwołującego WASKO i podjęcia ewentualnie decyzji o zastosowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby Zamawiający dokonał naruszenia przywołanych przepisów. Co więcej sam fakt zamieszczenia w treści SIWZ konsekwencji niewypełnienia formularza w sposób wskazany przez Zamawiającego w żadnej sposób nie zwalnia Zamawiającego od obowiązku stosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Mając na względzie powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego WASKO, gdyż w ocenie Izby Zamawiający niewłaściwie przyjął, iż brak było podstaw do poprawienia treści Załącznika nr 5. Jak zostało wskazane powyżej, zmiana treści Załącznika nr 5 poprzez wpisanie w jednej rubryce słowa TAK nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Izba uznała za bezcelowe nakazanie Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, gdyż wyjaśnienia też zostały złożone przez Odwołującego WASKO podczas rozprawy.

Izba uznała za niezasadny argument Odwołującego WASKO o możliwości zweryfikowania oferowanej funkcjonalności poprzez przeprowadzenia ponownego testu dostarczonej próbki

systemu. Pomijając tym zakresie wskazane przez Zamawiającego jak i wykonawca SIMPLE trudności techniczno – logistyczne, należy wskazać, że na działania takie nie zezwalają po pierwsze przyjęte w SIWZ regulacje, które jasno i precyzyjnie określiły, że każdemu w wykonawców przysługuje jedna prezentacja próbki systemu. Skoro zaś Zamawiający jak i wykonawcy związani są postanowieniami SIWZ od momentu jej ogłoszenia, to niezasadnym byłoby przyjęcie, że na etapie analizy i oceny złożonych ofert Zamawiający może zmienić ustaloną przez siebie procedurę prezentacji próbek systemu w stosunku do jednego wykonawcy. Stałoby to bowiem w sprzeczności z zasadą równego traktowania wszystkich wykonawców w postępowaniu przetargowym.

Rozstrzygnięcie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu w sprawie o sygn. akt. 2153/14

Zarzut niezasadnego zastrzeżenia przez wykonawcę SIMPLE informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa

W ocenie Izby powyższy zarzut potwierdził się.

W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów wskazanych w treści odwołania tj: (i) wykaz wykonanych usług i dostaw – załącznik nr 2 do oferty; (ii) potwierdzenia, że wykonane zamówienia ujęte w wykazie zostały wykonane należycie; (iii) zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów – załącznik nr 3 do oferty.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie. Izba uznała, że właściwym działaniem Zamawiającego było dokonanie oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy

SIMPLE. Zgodnie bowiem z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (III CZP 74/05), badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy, aby skutecznie zastrzec określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający winien uprzednio pozytywnie przesądzić o tym, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Z tych oczywistych względów wymaga to więc podjęcia przez zamawiającego określonych badań w tym przedmiocie. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (Dz. U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.), którego interpretację zawiera ustabilizowana już linia orzecznictwa (wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002 r., Nr 5, poz. 67; wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001 r., Nr 4, poz. 59 z aprobowaną glosą). Dalej Sąd Najwyższy wskazał, że przesądzenie o skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji, uznanych przez niego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w art. 96 ust. 4 zd. 1 PZP, zależy od wyniku dokonanej przez zamawiającego weryfikacji prawdziwości stanowiska wykonawcy odnośnie charakteru (statusu) tych informacji.

W ocenie Izbie Sąd Najwyższy w sposób jasny i klarowny wskazał, iż Zamawiający przychyliając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Wskazać również należy, że ewentualne wątpliwości w toku badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający ma możliwość wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Niezasadne jest w ocenie Izby stanowisko Zamawiającego jak i wykonawcy SIMPLE wskazujące na rzekomy zakaz żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających zasadność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Obie strony postępowania wskazały, że żądanie takich dokumentów nie mieści się w katalogu dokumentów wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od

wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Należy jednak wskazać, że przywołane rozporządzenia zostało wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp i obejmuje swoim zakresem wyłącznie dokumenty jakich zamawiający może żądać od wykonawców w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Nie ma więc zastosowania do procedury wyjaśnień zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Brak jest również w samej ustawie Pzp zakazu żądania dokumentów dających Zamawiającemu możliwość obiektywnej weryfikacji twierdzeń wykonawcy powołującego się na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Rozstrzygając powyższy zarzut, Izba w pierwszej kolejności ustaliła z urzędu, iż wykonawca SIMPLE jest spółką, której akcje są notowane na Giełdzie Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie i w konsekwencji posiada status spółki publicznej. Zgodnie z regulacjami mającymi zastosowanie do spółek publicznych, spółki te są zobowiązane do publikowania raportów bieżących, których zakres i treść określa Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 19 lutego 2009 r. w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartościowych oraz warunków uznawania za równoważne informacji wymaganych przepisami prawa państwa niebędącego państwem członkowskim. Spółki publiczne zobowiązane są m.in. do publikowania raportów bieżących o zawarciu przez te spółki lub spółki od nich zależne istotnych umów oraz o wszelkich istotnych zdarzeniach mających istotny wpływ na ich działalność. Spółki te również zobowiązane są do publikowania w formie raportów bieżących informacji poufnych, w rozumieniu art. 154 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

Z treści pisma z dnia 2 września 2014 r. oraz pisma procesowego wykonawcy Simple z dnia 28 października 2014 r. wynika, że informacje jakie wykonawca ten zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie wykazu głównych usług/dostaw mają dla niego istotną wartość gospodarczą, techniczną, technologiczną i organizacyjną. Wskazał również, że informacje te nie są znane ogółowi zainteresowanych osób oraz nie mogą zostać uzyskane przez podmiot w zwykłej dowolnej formie. Zastrzeżone informacje dają możliwość śledzenia aktywności gospodarczej w danym profilu i w określonym czasie, zawierają informacje jakie rodzaju podmiotu są odbiorcami usług oraz obrazują wielkość przychodu. Podobną argumentację wykonawca SIMPLE przedstawił w stosunku zastrzeżenia informacji o zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wskazując, że na ich podstawie można ustalić czy dany wykonawca korzysta z własnych zasobów czy nie, informacje te mogą stanowić wartość gospodarczą z uwagi na wyspecjalizowany rynek usług informatycznych i ujawnienie takich

informacji umożliwi konkurencji powzięcie wiedzy na temat zawieranych z wykonawcą kontraktów handlowych oraz stosunków łączących go z innymi podmiotami na rynku.

Izba uznała, że przedstawione przez wykonawcę SIMPLE wyjaśnienia w żaden sposób nawet nie uprawdopodobniają zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazać po pierwsze należy, że jeżeli zastrzeżone przez wykonawcę SIMPLE mają dla niego tak istotną wartość gospodarczą, to winny być klasyfikowane jako informacje poufne w rozumieniu art. 154 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Procedura obiegu i dostępu do informacji poufnych jest ściśle regulowana przez przepisy ustawy o obrocie instrumentami finansowymi i aktów wykonawczych. Co więcej zgodnie z przepisami ustawy o ofercie informacje poufne podlegają publikacji w formie raportu bieżącego, chyba, że emitent skorzystał z procedury opóźnienia publikacji informacji poufnych, której mowa w art. 57 ustawy o ofercie. Takich okoliczności wykonawca SIMPLE na rozprawie ani w treści pisma procesowego nie przywołał. Należy więc uznać, że informacje te były udostępnione publicznie w formie raportu bieżącego skoro mają tak istotne znaczenia dla działalności wykonawcy SIMPLE. Jeśli zaś fakt zawarcie umów o wykonanie zamówień zawartych w wykazie czy też umów z podmiotami trzecimi nie był ujawniony do wiadomości publicznej w formie raportu bieżącego, należy uznać, że informacje te nie mają tak istotnego znaczenia dla działalności spółki SIMPLE i winny być udostępnione wykonawcom biorącym udział w postępowaniu przetargowy. Wykonawca SIMPLE poza gołosłownymi twierdzeniami zawartymi w swoich pismach nie przedstawił żadnej argumentacji przeciwnej. W ocenie Izby, wykonawca nie wykazał, że została spełniona przesłanka tajności zastrzeżonych informacji. Wykonawca powołał się jedynie zobowiązanie swoich pracowników do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności oraz na fakt, iż stosuje elektroniczny system zabezpieczeń przed „wyciekami” tych informacji. Nie przedstawił jednak na to żadnych dowodów, chociażby w postaci listy osób, które mają dostęp do informacji z ich zobowiązaniem do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Pominął zupełnie status wykonawcy SIMPLE jako spółki publicznej i wynikających z tego tytułu obowiązków informacyjnych spółki.

Dalej należy stwierdzić, że zastrzeżone informacje z wykazu zrealizowanych dostaw/usług obejmują dane o wartości, przedmiocie, dacie wykonania i odbiorcy zamówienia, a wykonawca SIMPLE ani w wyjaśnieniach złożonych na żądanie Zamawiającego, ani w toku postępowania odwoławczego nie powołał żadnych konkretnych okoliczności uzasadniających tezę o wartości gospodarczej tych informacji. Opis wykonanego zamówienia ma charakter ogólny, nie zawiera w ocenie Izby żadnych szczegółów technicznych czy technologicznych, w stosunku do których

można by było ewentualnie rozważyć możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wartość umowy jest elementem ujmowanym w sprawozdaniu finansowy. Argument o możliwości śledzenia aktywności gospodarczej wykonawcy SIMPLE poprzez ujawnienia treści wykazu jest bezprzedmiotowy. Sama bowiem spółka w sposób szczegółowy informuje o swojej strategii biznesowej w prospektach emisyjnych czy też prezentacjach publikowanych na stronie internetowej i adresowanych do inwestorów.

Z tych samych powodów nie ma podstaw do uznania za taką tajemnicę dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia tych informacji stanowi naruszenie art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazać należy, że Zamawiający nie może ograniczyć badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do bezrefleksyjnego przyjmowania stanowiska prezentowanego przez wykonawcę. W przedmiotowej sprawie wystarczyło ustalić formę działalności spółki i fakt notowania jej akcji na GPW i wyjaśnić z wykonawcą czy rzeczywiście zastrzeżone informacje nie są dostępne publicznie.

Z tym samym względów Izba nakazała Zamawiającemu udostępnienie protokołu postępowania przetargowego. Protokół postępowania jest jawny co wynika wprost z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Jeśli zawarte są w nim informacje objęte przez poszczególnych wykonawców tajemnicą przedsiębiorstwa, informacje te winny być odpowiednio zabezpieczone przed udostępnieniem protokołu.

Zarzut dotyczący okresu realizacji zamówienia określonego w planie wdrożenia systemu dołączonego do oferty wykonawcy SIMPLE

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska zaprezentowanego przez wykonawcę SIMPLE w treści pisma procesowego z dnia 28 października 2014 r. oraz podczas rozprawy. Należy bowiem wskazać, że zgodnie treścią Załącznika nr 8 pkt 6 SIWZ Zamawiający wskazał, że podane czasy realizacji poszczególnych etapów w ramach Ramowego Harmonogramu mają charakter wytycznych tzn. Zamawiający dopuszcza odejścia od Harmonogramu Ramowego po weryfikacji planu wdrożenia, o którym mowa w Załączniku nr 9 do SIWZ (istotne postanowienia umowy) przedstawionego przez wykonawcę i wzajemnych szczególnych ustaleń na etapie podpisywania umowy. Okoliczność,

że Zamawiający dopuszczał również odstępstwa od Harmonogramu wynika z Załącznika nr 8, na co wskazał wykonawca SIMPLE. W ocenie Izby, w powyższych zapisów SIWZ wynika, że sam Zamawiający przewidział możliwość renegecji harmonogramu na okres po podpisaniu umowy z wykonawcą. Podkreślenia wymaga, że w świetle SIWZ i załączonego do jej treści wzoru umowy wynika, że wykonawca związany jest terminem końcowym realizacji zamówienia określonym w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Należy ponadto wskazać, że Odwołujący CGM w żaden sposób nie udowodnił, że wykonawca SIMPLE nie będzie w stanie wykonać zamówienia w przypadku rozpoczęcia wykonania prac w terminie późniejszym niż wskazany w ramowym harmonogramie. Nie ma bowiem podstaw do przyjęcia wniosku zaprezentowanego przez Odwołującego CGM. Sam fakt przesunięcia terminu rozpoczęcia wykonywania prac nie jest równoznaczny ze brakiem możliwości wykonania zamówienia z wyznaczonym terminie. Jak zostało bowiem wskazane, ramowy harmonogram ma wyłącznie charakter wytycznych i może zostać zmienione po podpisaniu umowy z danym wykonawcą. Istotne z punktu widzenia realizacji zamówienia jest dotrzymanie daty końcowej realizacji zamówienia. Z powyższych powodów w ocenie Izbie powyższy zarzut nie potwierdził się.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1, oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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:

.....