

WYROK

z dnia 15 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 listopada 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 października 2016 r.** przez wykonawcę: **Krypton Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 131, 02-304 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa**, przy udziale wykonawcy: **- Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Krypton Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 131, 02-304 Warszawa**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Krypton Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 131, 02-304 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: **Krypton Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 131, 02-304 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Skarbu Państwa - Ministerstwa Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, poz. 831 i 996 oraz Dz. U. z 2016 r. poz. 1020, 1250,1265) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu ograniczonego na: „budowę skonsolidowanego systemu dostępu do niejawnych zasobów Krajowego Centrum Informacji Kryminalnych (KCIK), (Dz. Urz. UE 2016/S 165-296877061 z 27.08.2016 r.), w dniu 31 października 2016 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Krypton Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec powiadomienia wykonawców za pośrednictwem faksu w dniu 20 października 2016 r. o wyniku przetargu, w tym o wyborze oferty wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 listopada 2016 r. przesłane środkiem komunikacji elektronicznej w dniu 3 listopada 2016 r. pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (w kopii przesłane stronom) złożył wykonawca wybrany - Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o., który powołał się na interes w utrzymaniu w mocy czynności wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. do udziału w postępowaniu odwoławczym uznając, że przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Skarbowi Państwa - Ministerstwu Finansów naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, poz. 831 i 996 oraz Dz. U. z 2016 r. poz. 1020, 1250,1265), zwaną „ustawą Pzp,” tj.:

I.1) art. 89 Pzp poprzez błędne powołanie się na przepis art. 89 ust. 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego pomimo, iż przepis ten został uchylony i w aktualnym stanie prawnym nie może być podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy, jako przepis nieistniejący i nie obowiązujący,

II.2) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp - poprzez brak przedstawienia prawnego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego oraz lakoniczne, jednozdaniowe uzasadnienie faktyczne tego odrzucenia, co w znacznym stopniu ogranicza możliwość odwołującego do pełnego zastosowania środków ochrony prawnej.

Odwołujący wskazał, iż w celu ochrony swojego interesu, pomimo niedochowania należytej staranności w zakresie opisanym w pkt 1 i 2 powyżej przez zamawiającego, był zmuszony do sformułowania kolejnych zarzutów, które opierał wyłącznie na interpretacji decyzji zamawiającego dotkniętej wadami i brakami,

III.3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, iż treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia pod względem merytorycznym, funkcjonalnym tj. spełnia wszelkie wymagania opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), opierając odrzucenie na nieistotnych przesłankach formalnych,

IV.4) naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej przez niego treści oferty i w konsekwencji zaniechanie poprawienia „innej omyłki” w rozumieniu przywołanego powyżej przepisu (po uprzednim poinformowaniu o tym fakcie wykonawcy przez zamawiającego w trybie przewidzianym w tym przepisie), co powinno nastąpić w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego nieścisłości o charakterze *stricte* formalnym.

V.5) naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to jest:

a. wezwanie do wyjaśnień treści oferty wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., prowadzenie w tym zakresie korespondencji w zakresie wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego o charakterze merytorycznym i istotnym, podczas gdy odwołujący nie miał szansy na udzielenie informacji nawet o charakterze wyjaśniającym rzekome nieścisłości formalne - co wynikało z zaniechania zamawiającego,

b. odtajnienie informacji zastrzeżonych przez odwołującego wobec braku odtajnienia oferty wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., podczas gdy oferty obejmują tożsame kategorie informacji, a wezwania zamawiającego kierowane do wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. wskazują na ich ogólnodostępny charakter (publikacja w Internecie),

VI.6) naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. art. 25 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu nazwanego przez zamawiającego Opiszem Przedmiotu Zamówienia, który stanowi dokument potwierdzający spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego,

VII. 7) naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

VIII.8) art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., pomimo faktu, że oferta uwzględnia rozwiązanie niespełniające wymagań SIWZ.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty firmy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego Krypton Polska Sp. z o.o.,
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) ewentualne wezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp lub wezwanie do uzupełnienia dokumentu nazwanego przez zamawiającego „Opisem Przedmiotu Zamówienia” lub poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt.3 Pzp,
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 6) odtajnienia oferty Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. w zakresie informacji identyfikujących oferowane urządzenia szyfrujące, w szczególności ich zgodności z rozdziałem I ust. 1, pkt. 1 SIWZ,
- 7) odrzucenia oferty Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. jako niespełniającej wymagań SIWZ, oraz wnosił o:
- 8) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Ponadto wnosił, o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w treści odwołania, w tym zasadności zarzutów opisanych w niniejszym odwołaniu, jednocześnie zastrzegając sobie prawo do przedstawienia dowodów na rozprawie.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż uznawał swoją ofertę za najkorzystniejszą w oparciu o kryteria określone przez zamawiającego w SIWZ, z czego wywodził możliwość poniesienia szkody poprzez niewybranie jego oferty do realizacji zamówienia, na czym opierał swoją legitymację do wniesienia odwołania. Ponadto, stwierdził, że postępowanie o udzielenie zamówienia winno być przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, bowiem jak podniósł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19 grudnia 2007 r., „ interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej ” (sygn. akt V Ca 2506/07, niepubl.).

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający pismem z dnia 20 października 2016 r. poinformował wykonawców o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, oferty odwołującego, jako nieodpowiadającej treści SIWZ, gdyż nie zawiera wymaganych danych.

Odwołujący uznał uzasadnienie decyzji o odrzuceniu jego oferty, że: *„Zgodnie z zapisem Rozdziału XIII SIWZ, ust. 3, pkt 6 - oferta musi zawierać opis przedmiotu zamówienia,*

zawierający informacje wymagane w kolumnach 2 i 3 tabeli zawartej w Załączniku nr 5 do Wzoru Umowy, stanowiącego Załącznik B do SIWZ. Wykonawca zobowiązany był wyszczególnić w swojej ofercie jakie elementy oferuje Zamawiającemu, podać markę i model każdego urządzenia i oprogramowania. Oferta Wykonawcy nie zawiera tych danych” - za zbyt lakoniczne i ogólne.

Podkreślał, że omawiane pismo z dnia 20.10.2016 r. zawierało również informację o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty - złożonej przez wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 20.10.2016 r.

Odwołujący nie zgadzał się z czynnością odrzucenia jego oferty i w konsekwencji z wyborem oferty drugiego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu - Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., i podnosił co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 89 Pzp poprzez błędne zastosowanie i powołanie się na art. 89 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący uznawał, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 Pzp poprzez błędne powołanie się na przepis art. 89 ust. 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego pomimo, iż przepis ten został uchylony i w aktualnym stanie prawnym nie może być podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy jako przepis nieistniejący i nie obowiązujący.

Powyższe oznacza w przekonaniu odwołującego, iż zamawiający nie wskazał konkretnej, obowiązującej i istniejącej podstawy prawnej odrzucenia jego oferty i w tym stanie rzeczy nie jest oczywiste, w oparciu o jaki przepis i jaką podstawę prawną, zamawiający odrzucił złożoną ofertę.

Odwołujący domniemywał, iż zamawiającemu chodziło o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który nakazuje odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem do swoich rozważań przyjął wskazaną powyżej podstawę odrzucenia oferty Krypton Polska Sp. z o.o.

II. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odwołujący podnosił, że w zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 20 października 2016 r., zawierającym również informację o odrzuceniu oferty odwołującego, oprócz braku wskazania konkretnej i obowiązującej podstawy prawnej tego odrzucenia, brak jest także przedstawienia przez zamawiającego prawnego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego oraz pełnego (wyczerpującego) uzasadnienia faktycznego powodu tego odrzucenia. Zamawiający zamieścił jednozdaniowe uzasadnienie odrzucenia oferty. Oznacza to, zdaniem odwołującego, że jednocześnie doszło do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek przedstawienia powodów odrzucenia oferty, z

przedstawieniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Powołał się na doktrynę prawa oraz orzecznictwie KIO, w których podkreśla się, iż uzasadnienie faktyczne powinno wyczerpująco opisywać przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, by wykonawca miał możliwość ewentualnego odniesienia się do nich przy wnoszeniu odwołania. Wykonawca może bowiem swoim odwołaniem objąć i zakwestionować tylko wskazane przez zamawiającego powody odrzucenia jego oferty, jeżeli przedstawiona w tym zakresie informacja jest ogólnikowa, to nie spełnia wymogów z art. 92 Pzp. Wykonawca na podstawie podanej przez zamawiającego zbyt ogólnikowego uzasadnienia faktycznego nie może domyślać się, jaka jest podstawa faktyczna decyzji o odrzuceniu. Tymczasem w niniejszej sprawie, zamawiający w piśmie z dnia 20.10.2016 r. stwierdził, iż cyt. *“Wykonawca zobowiązany był wyszczególnić w swojej ofercie jakie elementy oferuje Zamawiającemu, podać markę i model każdego urządzenia i oprogramowania. Oferta Wykonawcy nie zawiera tych danych.”*

Odwołujący podnosił, że uzasadnienie nie wskazuje, jakie konkretne pozycje i zapisy z oferty odwołującego zamawiający kwestionuje, abstrahując od tego czy taki opis w określonych sytuacjach jest w ogóle możliwy, jak również od tego czy opis oferty, z uwagi na jego kompletność i szczegółowość, jest dla oceny oferty wystarczający. Zaznaczał, że zamawiający żądając przedstawienia przez oferenta dokumentu pn. „Opisu Przedmiotu Zamówienia” w oparciu o informacje jakich wymaga Załącznik nr 5 do Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik B do SIWZ, nie wskazał konkretnego wzoru takiego Opisu Przedmiotu Zamówienia, a jedynie wskazał na informacje jakie mają się w nim znajdować na podstawie tabeli z Załącznika nr 5 do Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik B do SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że zamieścił w ofercie wszelkie wymagane informacje, tj.:

1. Elementy wchodzące w skład systemu (Etap I, punkty od 1 do 9 oraz Etap II, punkty od 1 do 12 Opisu Przedmiotu Zamówienia zawierające wszystkie wymagane przez zamawiającego pozycje niezbędne do budowy skonsolidowanego systemu dostępu do niejawnych zasobów KCIK),
2. Określenie każdego elementu poprzez podanie jego nazwy lub marki oraz modelu (o ile było to możliwe - zgodnie z wyjaśnieniami w dalszej części niniejszego odwołania) potwierdzającego zgodność z SIWZ.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 20.10.2016 r.; oferta odwołującego

Odwołujący uznawał, że zamawiający bezzasadnie oparł się na nieistotnych kwestiach formalnych, nie mających znaczenia dla oceny zgodności jego oferty z SIWZ i możliwości odrzucenia tej oferty. Podnosił, że opisane nieprawidłowości w postępowaniu zamawiającego i związane z nimi zarzuty, stanowią samodzielną i wystarczającą podstawę do uwzględnienia odwołania.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Odwołujący, podnosząc zarzut powyżej opisany w pkt. II., jednocześnie, z ostrożności, podnosił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie jego oferty, pomimo, iż treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Rozdział XIII, ust. 3, pkt 6 SIWZ, na który powołał się zamawiający w treści odrzucenia oferty stanowi, że oferta musi zawierać: „[...] opis przedmiotu zamówienia zawierający informacje wymagane w kol. 2 i 3 tabeli zawartej w Załączniku nr 5 do Wzoru Umowy [...]”. W powyższych kolumnach wskazano odpowiednio:

- 1) dla kolumny 2 „Wyszczególnienie elementów Przedmiotu Umowy z podaniem ich nazw i modelu”,
- 2) dla kolumny 3 „Liczba”.

W informacji o odrzuceniu oferty z 20.10.2016 r., zamawiający wskazał, że *„Wykonawca zobowiązany był [...] podać markę i model każdego urządzenia i oprogramowania”*. Jednocześnie w instrukcji wypełnienia tabeli z Załącznika nr 5 do Umowy Specyfikacja Cenowa Przedmiotu Umowy wskazano, że *„Dla każdej pozycji dopisywanej przez Wykonawcę wykonawca zobowiązany jest wpisać markę i model oferowanego produktu”*.

Z powyższego odwołujący wnioskował, że zamawiający nie narzucił jednego obowiązującego sposobu przedstawienia opisu przedmiotu zamówienia, wprowadzając min. różne nazewnictwo na określenie tych samych elementów oferty, np.: urządzenie i oprogramowanie = element przedmiotu umowy = oferowany produkt = usługi; nazwa = marka.

Odwołujący zaznaczał, że nie może ponosić negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, z powodu zastosowania nazewnictwa zaproponowanego przez zamawiającego. Przywołał poglądy orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych, że treść SIWZ to przede wszystkim opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia, poprzez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast treść oferty, to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego (KIO/UZP 151/08; KIO/UZP 41/10). Podnosił, że w orzecznictwie sądowym i Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga spełnienia i uwzględnienia łącznie następujących przesłanek:

- ustalenia skonkretyzowanego, jednoznacznego postanowienia wymagania SIWZ, z którym treść oferty jest sprzeczna,

- niezgodność oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy, przedmiotowo istotny oraz nieusuwalny,
- wszelkie niejasności wynikające z SIWZ muszą być interpretowane na korzyść wykonawców.

Ponowił argumentację, że pismo zamawiającego z dnia 20.10.2016 r. nie precyzuje i nie wskazuje, które konkretnie pozycje z kolumn 2 i 3 tabeli zawartej w Załączniku nr 5 do Wzoru Umowy, nie spełniają oczekiwań zamawiającego i dlaczego dokładnie tych oczekiwań nie spełniają. Odwołujący jedynie domniemywał, które elementy zostały przez zamawiającego zakwestionowane.

Podnosił, iż do czasu otrzymania pisma z dnia 20 października 2016 r., zamawiający nie kwestionował oferty odwołującego ani nie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów tej oferty, których brak został odwołującemu zarzucony w ww. piśmie. Odwołujący wskazywał, że z korespondencji zamawiającego, którą otrzymał w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do określonych elementów przedmiotu umowy wynika, iż elementy stanowiące przedmiot zamówienia zawarte w ofercie odwołującego w punktach wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 6.10.2016 r. tj., 2.4.2, 2.4.3, 3, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 5, 6, jest według zamawiającego „powszechnie dostępna choćby na stronach internetowych ich producentów”. Tym samym wnioskował, że nie były konieczne dodatkowe wyjaśnienia.

Dowód - pisma zamawiającego z dnia 6.10.2016 r. i 12.10.2016 r.

Ponownie zwrócił uwagę na treść dokumentacji postępowania, określającej zasady opisu przedmiotu zamówienia, w których zdaniem odwołującego - pozostawiono możliwość opisu oferty według uznania wykonawców, niekoniecznie przy użyciu wzoru/tabeli zamawiającego.

Odwołujący przekonywał, że w sposób odpowiedzialny, w dobrej wierze, w sposób przejrzysty i precyzyjny oraz rzeczowy, stosując się do tak sformułowanych oczekiwań zamawiającego - złożył prawidłową ofertę. Na marginesie wskazywał na niekonsekwencje terminologiczne zamawiającego, który np. we wzorze tabeli Specyfikacja Cenowa Przedmiotu Zamówienia w jednym miejscu (na wstępie) używa terminologii “nazwa” a następnie w innych “marka”, pozostawiając wykonawcy wybór zastosowania adekwatnego terminu.

Odwołujący uznawał swoją ofertę za rzetelną, pełną i wystarczającą dla jej oceny - zawierającą wymagane przez SIWZ nazwy lub marki i modele poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim jest to i było to możliwe, ale zawsze umożliwiającym potwierdzenie spełnienia wymagań SIWZ. Przy czym, ponownie podkreślił, iż określenia: nazwa i marka stosowane są przez zamawiającego zamiennie. Według odwołującego zamawiający dopuszczał tym samym alternatywne stosowanie do oznaczenia

urządzeń albo nazwy, albo marki. Powyższe przyjął za racjonalne, i uznał że zamawiający dopuścił możliwość oferowania urządzeń dedykowanych, stworzonych konkretnie na potrzeby niniejszego przetargu. Przywołał definicję wyrazu „model” sformułowaną w Słowniku Języka Polskiego według PWN to: [cyt.:] 1.«wzór, według którego coś jest lub ma być wykonane» 2. «typ lub fason czegoś» 3. «typowy dla jakiegoś okresu, miejsca lub jakiejś grupy i potem naśladowany sposób realizacji czegoś 8. «konstrukcja, schemat lub opis ukazujący działanie, budowę, cechy, zależności jakiegoś zjawiska lub obiektu» 9. «przedmiot będący kopią czegoś, wykonany zwykle w mniejszych rozmiarach» 10. «przedmiot służący do sporządzania form odlewniczych». Z przytoczonej definicji wyrazu „model” wyprowadził wniosek, iż model jest rozwiązaniem, powielanym w serii według jakiegoś wzorca, dlatego uznał za niemożliwe przypisanie określenia „model” do urządzenia, które ma być dopiero stworzone dla zamawiającego, na potrzeby przedmiotowego zamówienia.

Ostatecznie odwołujący podtrzymał, że opis merytoryczny i techniczny odpowiada wymogom zamawiającego i jest wystarczający do dokonania oceny oferty odwołującego i nie był kwestionowany pod względem merytorycznym przez zamawiającego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty. Odrzucenie oferty w przekonaniu odwołującego - nastąpiło z niejasnych przyczyn formalnych. Przywołał tezy z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 stycznia 2015 r.; sygn. akt KIO 2670/14, iż: „oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to ta, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji” przy czym zgodnie z orzecznictwem KIO, przyczyną odrzucenia oferty mogą być tylko niezgodności treści oferty z treścią SIWZ o charakterze merytorycznym i istotnym.

Ponowił twierdzenia, że w przypadku oferty odwołującego nie zaistniały przesłanki do jej odrzucenia z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ o charakterze merytorycznym i istotnym.

IV. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej przez niego treści oferty i w konsekwencji zaniechanie poprawienia „innej omyłki” w rozumieniu przywołanego powyżej przepisu (po uprzednim poinformowaniu o tym fakcie wykonawcy przez zamawiającego w trybie przewidzianym w tym przepisie), co winno nastąpić w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego nieścisłości o charakterze *stricte* formalnym.

Za kwestią oczywistą poczytał, iż nie każda niezgodność oferty z SIWZ skutkuje odrzuceniem oferty. Przed zastosowaniem tej sankcji zamawiający ma bezwzględny obowiązek ustalenia, czy poprawienie omyłki polegającej na niezgodności z SIWZ spowodowałoby istotną zmianę treści oferty - (wyrok KIO z 24.01.2012 r., KIO 77/12). Zatem według odwołującego przed odrzuceniem jego oferty, zamawiający powinien zastosować

procedurę określoną w art. 87 ust. 1 Pzp w celu ustalenia czy oferta jest faktycznie niezgodna z SIWZ lub uznania, że takie okoliczności nie wystąpiły. Ewentualne wyjaśnienia udzielone przez odwołującego stanowiłyby oświadczenie, którym byłby on związany na równi ze złożoną ofertą. Zaznaczał, że zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza, że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Wobec tego, zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest zdaniem odwołującego zobowiązany, a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień (Wyrok KIO z 13.10.2010 r. KIO 2145/10).

W ocenie odwołującego wobec treści jego oferty i zawartego w tej ofercie pełnego opisu uwzględniającego wymogi techniczne zamawiającego, ewentualne wyjaśnienia nie stanowiłyby niedopuszczalnej zmiany oferty odwołującego.

Dowód: - specyfikacja istotnych warunków zamówienia,
- oferta odwołującego.

V. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący ponownie podnosił, że do czasu otrzymania pisma z dnia 20 października 2016 r. zamawiający nie kwestionował jego oferty, ani nie wzywał odwołującego do wyjaśnień w zakresie opisu elementów tej oferty. Z pism zamawiającego kierowanych do odwołującego w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, iż opis przedmiotu zamówienia zawarty w ofercie odwołującego był dla zamawiającego weryfikowalny o powszechnie dostępne informacje.

Jednocześnie, co wynika z akt sprawy niniejszego postępowania - zamawiający zwracał się do drugiego wykonawcy spółki Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (pismo zamawiającego z dnia 6.10.2016 r. w aktach sprawy), o złożenie wyjaśnień w stosunku do oferty tego wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że pytanie zamawiającego skierowane pismem z dnia 6.10.2016 r. do drugiego wykonawcy dotyczyło istotnego, technicznego zagadnienia związanego z ofertą tego wykonawcy. Odwołujący natomiast, w tym samym dniu otrzymał jedynie pismo zamawiającego w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie treści oferty.

Zdaniem odwołującego świadczy to o nierównym traktowaniu odwołującego przez w stosunku do drugiego, biorącego udział w przetargu wykonawcy.

W przekonaniu odwołującego nierówne traktowanie wykonawców, jak również postępowanie w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, miało też miejsce w

związku z procedurą zastrzegania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w złożonych ofertach.

Zdaniem odwołującego, z przyczyn niezrozumiałych i nieuzasadnionych, pomimo złożenia w tym zakresie przez odwołującego wyjaśnień i argumentacji w kolejnych pismach - zamawiający odmówił odwołującemu skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, jednocześnie w tym samym zakresie uwzględnił zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spółki Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. - co miało świadczyć również o nierównym traktowaniu i niezachowaniu zasad uczciwej konkurencji. Jednocześnie, w korespondencji z Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., zamawiający stwierdził, że analizując tę ofertę korzystał z ogólnodostępnych informacji zawartych na stronach internetowych. W przypadku oceny materiałów Krypton Polska Sp. z o.o. - był to powód do nieuwzględnienia wniosku o zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś w przypadku Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. - nie.

Dowód - pisma odwołującego z dnia 7.10.2016 r. i 17.10.2016 r., pisma zamawiającego do odwołującego z dnia 6.10.2016 r. i 12.10.2016 r., pismo zamawiającego do Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z dnia 6.10.2016 r.

Powyższe odwołujący uznał za naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

VI. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp

Odwołujący z tzw. ostrożności procesowej zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu nazwanego przez zamawiającego Opisem Przedmiotu Zamówienia, który stanowi dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Jeżeli bowiem zamawiający miał wątpliwości co do kompletności tego dokumentu, według odwołującego powinien wezwać go w trybie 26 ust 3 Pzp do jego uzupełnienia, poprawienia lub do złożenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym.

VII. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący zaznaczał, że zasada jawności wyrażona w ustawie Pzp podlega ograniczeniom wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. Jedną z okoliczności wymuszających konieczność ograniczenia dostępu do treści dokumentacji postępowania (oferty) jest wskazana w art. 8 ust. 3 informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowym postępowaniu uznał, że informacje objęte tajemnicą w ofercie Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., w szczególności będące następstwem wymogu

rozdziału I, pkt 1 ust. 1 SIWZ OPZ, który wymusza zamieszczenie informacji o określonym typie urządzenia (wskazanym w samej treści SIWZ przez zamawiającego), z uwagi na swój jawny, powszechnie dostępny charakter, nie stanowi tajemnicy.

VIII. Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.

Zamawiający nie odtajnił oferty Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., przez co odwołujący posłużył się argumentacją opartą na wnioskach wynikających z lektury korespondencji pomiędzy zamawiającym i Spółką Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. Z korespondencji tej wywnioskował, iż wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. zamierza dostarczyć dwa rodzaje urządzeń szyfrujących. Tymczasem, wymaganiem zamawiającego jest: „wszystkie urządzenia szyfrujące muszą zapewnić połączenie z Policyjną siecią Transmisji Danych Niejawnych (PSTDN)”, a jednocześnie, jak w SIWZ pisze sam zamawiający, tylko dwa modele urządzeń są zgodne z tym wymaganiem (Krypton K2/Lite i ETA VPN100P). Tym samym, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. nie może zaoferować innego urządzenia niż ETA VPN100P. gdyż żadne inne produkowane przez nią urządzenie nie spełnia wszystkich wymagań stawianych przez zamawiającego w SIWZ rozdział I pt.: Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 1 ust. 1 oraz Załączniku nr 1 do Wzoru Umowy stanowiącego załącznik B do SIWZ - Opis Przedmiotu Umowy pkt 2.1. oraz SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 listopada 2016 r. wnosił o oddalenie odwołania i zajął następujące stanowisko, które podtrzymał do protokołu rozprawy.

„Podniesione przez Odwołującego zarzuty są całkowicie bezzasadne, co potwierdza niżej przytoczona argumentacja.

1. Za nietrafiony należy uznać zarzut odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie błędnego odwołania do art. 89 ust. 2 zamiast art. 98 ust. 1 pkt 2, gdyż tego typu błędy mają cechy zwykłych omyłek pisarskich, które nie czynią czynności Zamawiającego nieprawidłową lub nieważną. Zauważyć należy, że Zamawiający wyjaśnił podstawy odrzucenia oferty wskazując, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie wskazał treść normy prawnej zawartej w art. 89 ust. 1 pkt. 2, która stanowiła podstawę prawną odrzucenia. Tym samym za bezpodstawny należy uznać zarzut braku podstawy prawnej odrzucenia, gdyż taka sytuacja mogłaby mieć miejsce jedynie, w przypadku gdyby Zamawiający dokonał odrzucenia oferty w oparciu o przesłanki, których przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych w ogóle nie przewidują. Taka sytuacja nie miała miejsca w tym postępowaniu. Dodatkowo Zamawiający, pismem z dnia 3 listopada 2016r. znak C/390/16/CP/B/411, poinformował wykonawców o poprawieniu oczywistej omyłki

w piśmie przesłanym uczestnikom postępowania w dniu 20 października 2016 r. dotyczącym wyboru oferty najkorzystniejszej i zmienił numer artykułu określającego podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

2. Zamawiający w sposób zwięzły przedstawił podstawę prawną i faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego w piśmie z dnia 20 października 2016 r., i nie można się zgodzić ze stanowiskiem, że taki sposób wskazania przesłanek odrzucenia uniemożliwia Odwołującemu skorzystanie z przysługujących mu praw oraz narusza zasadę jawności postępowania. Zamawiający wskazując przyczyny odrzucenia oferty Krypton posłużył się odnośnikami do Rozdziału XIII SIWZ, ust. 3 pkt. 6 oraz do Załącznika nr 5 do Wzoru Umowy. Wszystkie wskazane dokumenty były znane Odwołującemu. Ponadto Zamawiający wskazał numery kolumn w tabeli zawartej w Załączniku nr 5, które Odwołujący wypełnił nieprawidłowo oraz określił, czego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oferta Odwołującego nie zawierała, chociaż powinna. Zważywszy, że wymagania Zamawiającego co do treści oferty były jasne i precyzyjne -Wykonawca miał określić w kolumnie 2 model oraz markę każdego zaproponowanego urządzenia i oprogramowania, nie można uznać argumentacji Odwołującego, że nie wiedział, jakie okoliczności faktyczne miały wpływ na decyzję o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający krótko i precyzyjnie wskazał na brak marki i nazw urządzeń i oprogramowania (antywirusowego, biurowego i systemu operacyjnego), wymaganych w kolumnie 2 załącznika nr 5, który stanowił integralną część oferty Odwołującego. Podsumowując - nie można zgodzić się z Odwołującym, że informacja o powodach odrzucenia oferty była ogólnikowa i musiał on jedynie domyślać się jaka jest podstawa faktyczna decyzji Zamawiającego. Zamawiający nie rozwodził się szeroko nad przesłankami swojego działania, gdyż nie było potrzeby przepisywania treści SIWZ, którą Odwołujący zna. W ocenie Zamawiającego odwołanie się do stosownych zapisów SIWZ oraz precyzyjne wskazanie miejsca i zakresu, w którym oferta nie zgadza się z wymaganiami Zamawiającego jest wystarczającym opisem powodów odrzucenia oferty Odwołującego. Nie można się też zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że umieścił nazwy i marki oraz modele każdego elementu, gdyż w kolumnie 2 Załącznika nr 5 do wzoru Umowy takich oznaczeń nie ma, co jasno i wyraźnie wskazał Zamawiający argumentując konieczność odrzucenia oferty.

3. Za nietrafiony należy też uznać zarzut, że nie było możliwe wyszczególnienie elementów Przedmiotu Umowy z podaniem ich nazw i modelu, gdyż Zamawiający posługiwał się nieprecyzyjnymi pojęciami. Uczestnicy mający problemy ze zrozumieniem intencji lub siatki pojęciowej, którą posługuje się Zamawiający mają w swoim ręku instrument w postaci pytań do Zamawiającego. Jednakże Odwołujący nie skorzystał z tej możliwości, aby rozwiać swoje wątpliwości. Jednocześnie należy powtórzyć, że Zamawiający precyzyjnie wskazał istotne elementy oferty, a nawet pogrubiał w tabeli stanowiącej Załącznik nr 5 istotne dla niego informacje, aby zwrócić na nie uwagę potencjalnym uczestnikom. Dlatego też za

nieprawdziwe należy uznać stwierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie precyzuje i nie wskazuje, które konkretnie pozycje kolumn 2 i 3 tabeli zawartej w Załączniku nr 5 do Umowy nie spełniają jego oczekiwań. W wymienionej tabeli jest przez Zamawiającego wyraźnie wskazane miejsce, gdzie należy wpisać markę i nazwę, gdyż Zamawiający sam umieścił takie określenia w tabeli zostawiając wolne wykropkowane miejsca uczestnikom postępowania jedynie na wpisanie konkretnej nazwy i modelu. Jednakże Odwołujący, z niezrozumiałych względów, zamiast wypełnić brakujące wykropkowane pola, skasował je i wypełnił kolumnę 2 ignorując istotne wymagania Zamawiającego co do podania modelu i nazw proponowanych urządzeń i oprogramowania. Takie wypełnienie oferty spowodowało, że Zamawiający nawet w przybliżony sposób nie jest w stanie określić, co jest przedmiotem oferty Odwołującego. Dlatego też nie było możliwe wyjaśnienie elementów oferty. Wskazanie, na wniosek Zamawiającego, modelu lub nazwy sprzętu lub oprogramowania prowadziłoby do przedstawienia w praktyce nowej oferty i rozpoczęcia jej negocjacji, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp. Wyjaśniać można tylko takie zapisy oferty, które opisują przedmiot zamówienia w stopniu umożliwiającym jego identyfikację. W sytuacji, gdy Zamawiający nie wie, co oferuje uczestnik postępowania, nie jest możliwe poczynienia jakichkolwiek wyjaśnień bez niedozwolonego uzupełnienia oferty oraz negocjowania jej treści. Należy zauważyć, że określenie np. komputerów PC za pomocą modelu jest powszechną praktyką rynkową. Producenci tacy jak np. HP, Asus, Dell umieszczają etykiety na obudowach lub podpórkach, na których wprost wpisują słowo „model”, aby umożliwić identyfikację sprzętu. Ponadto każdy z nich prowadzi na swojej stronie internetowej poradnik, jak znaleźć model danego urządzenia. Dlatego też za niezasadny należy uznać zarzut, że nie jest możliwe zidentyfikowanie modelu sprzętu komputerowego, czy oprogramowania, gdyż takie dane producenci udostępniają w sposób, który jest zrozumiały dla każdego użytkownika, nawet nie posiadającego profesjonalnej wiedzy.

4. Za niezrozumiały należy uznać zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej przez niego treści oferty i w konsekwencji zaniechanie poprawienia „innej omyłki”. W rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp jako „inne omyłki” należy rozumieć niezgodności wymagań zawartych w SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem wskazanie przez uczestników postępowania modelu i nazwy oferowanych urządzeń i oprogramowania było dla Zamawiającego kwestią podstawową i najistotniejszą. Bez podania właśnie tych elementów oferta była dla Zamawiającego praktycznie bezwartościowa i uniemożliwiała przejście do kolejnego etapu postępowania tj. ewentualnego wyjaśnienia dotyczącego treści oferty. Mając powyższe na uwadze Zamawiający nic zgadza się z tezą Odwołującego, że możliwe było poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wprowadzenie do oferty modelu i nazwy urządzeń i oprogramowania, gdyż wiązałoby

się to z niezwykle istotną zmianą oferty. De facto Zamawiający sam sobie złożyłby ofertę.

5. Zamawiający nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 7 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie uczestników postępowania.

(a) Kwestia braku wezwania Odwołującego do wyjaśnień została omówiona powyżej i wiązała się z niemożnością dokonania takiej czynności bez jednoczesnego uzupełniania jego oferty,

(b) Natomiast Zamawiający mógł się zwrócić z wnioskiem o złożenie wyjaśnień do Enigmy Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., gdyż wskazany uczestnik podał w swojej ofercie modele i nazwy proponowanych urządzeń i oprogramowania, a co za tym idzie Zamawiający mógł przystąpić do weryfikacji oferty poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie jej treści. W przypadku oferty Odwołującego zastosowanie analogicznej procedury było niemożliwe z powodu nieusuwalnych braków w ofercie.

(c) Za spóźniony należy uznać zarzut nieuprawnionego odtajnienia oferty Odwołującego. Odwołujący dowiedział się o zamiarze odtajnienia elementów oferty 12 października br. i w terminie 10 dni od tej daty nie złożył odwołania, dlatego też rozpatrywanie go na obecnym etapie postępowania nie znajduje podstaw prawnych.

6. Za nietrafiony należy także uznać zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów odnosi się do wszystkich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a więc zarówno dokumentów potwierdzających spełnianie warunków „pozytywnych”, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, jak i brak podstaw do wykluczenia z postępowania - niespełnianie warunków „negatywnych”, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp. Natomiast Załącznik nr 5 do Wzoru Umowy z tabelą, którą Odwołujący miał wypełnić, nazwany przez Odwołującego „Opisem Przedmiotu Zamówienia”, nie kwalifikuje się jako dokument w rozumieniu art. 26 ust. 3 Pzp. Jest to część oferty uczestników postępowania i dlatego wymóg jej przedstawienia został zamieszczony w Rozdziale XIII SIWZ opisującym Sposób przygotowania oferty. W Rozdziale X SIWZ, stanowiącym Wykaz dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, Zamawiający zawarł katalog dokumentów, które mogą być uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie ma w nim dokumentu nazwanego „Opisem Przedmiotu Zamówienia”. Dlatego też Zamawiający nie mógł wezwać Odwołującego do uzupełnienia tabeli o model i nazwę. Zgodnie z wyrokiem KIO (sygn. KIO 1765/10) uzupełnieniu podlegać mogą wyłącznie oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, ale tylko wtedy, gdy oferta nie podlega odrzuceniu.

7. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia.

Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. w swojej ofercie podała o wiele więcej informacji zwłaszcza typy, nazwy i modele oferowanych urządzeń i oprogramowania. Informacje o całościowym rozwiązaniu oferowanym przez Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. nigdzie nie zostały opublikowane. W ocenie Zamawiającego zawarte w ofercie Enigmy dane podlegają ochronie, a podane uzasadnienie objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa jest pełne, rzetelne i zasadne. Ponadto należy zauważyć, że informacje podane przez Enigmę są szersze niż te figurujące na stronie producenta, podczas gdy dane podane przez Odwołującego w jego ofercie są o wiele uboższe niż te umieszczone na jego własnej stronie internetowej, w szczególności nie upubliczniają informacji zawartych w ofercie Enigmy o oferowanym rozwiązaniu.

8. Za bezpodstawny należy uznać także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty Enigmy Systemy Ochrony informacji Sp. z o.o. Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego to tylko spekulacje i Zamawiający nie będzie się do nich odnosił, aby nie narazić się na ryzyko ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa." Przedstawione stanowisko zamawiający podtrzymał również do protokołu rozprawy.

Przystępujący Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. w piśmie z 14 listopada 2016 r. podał, co następuje.

II. „Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jako nie zawierającej wymaganego określenia oferowanych urządzeń. Argumentacja przedstawiana w odwołaniu pomija to, co w przedmiotowej sprawie jest najistotniejsze, a mianowicie fakt, iż Zamawiający wymagał zawarcia w ofercie informacji o tym, jakie urządzenia są przez wykonawcę oferowane, natomiast, takie informacje nie zostały zawarte w ofercie Krypton Polska sp. z o.o. (dalej jako: „Krypton”).

1. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie budzi wątpliwości, że w ofercie Krypton nie podano wszystkich wprost wymaganych przez Zamawiającego informacji. Zgodnie z roz. XIII pkt 3 ppkt 6 SIWZ opis przedmiotu zamówienia miał zawierać informacje wymagane w kolumnach 2 i 3 tabeli zawartej w Załączniku nr 5 do Wzoru Umowy - Załącznika B do SIWZ. Zamawiający częściowo wypełnił tabelę stanowiącą ww. załącznik, pozostawiając wyraźne puste pola podlegające uzupełnieniu przez Wykonawcę w zakresie każdej z pozycji. Układ tabeli nie mógł budzić - i jak wskazuje brak pytań w tym zakresie na etapie przed składaniem ofert - nie budził wątpliwości, co do tego, jakich minimalnych informacji oczekuje Zamawiający. Przykładowo:

- w poz. 3 wskazano: „Dostawa komputerów PC marka: model: ... o wydajności obliczeniowej punktów w osiągniętych w aplikacji BAPCo Sysmark 2014 jako wynik średniej noty z wszystkich testów: Office Productivity, Media Creation oraz Dato/Financial Analysis przy

trzech iteracjach każdego testu wraz z oprogramowaniem:

- a) antywirusowym: marka: model:....
- b) biurowym: marka:... model:...
- c) systemem operacyjnym: marka:..... model:....

2. Proste porównanie tabeli załączonej do oferty Odwołującego ze wzorem Zamawiającego wskazuje na wyraźne braki w ofercie Krypton. Bez znaczenia pozostają tutaj rozważania zawarte w odwołaniu dotyczące subtelności językowych w stosowaniu określenia „nazwa” i „marka” lub próba ustalenia korzystnej dla Odwołującego definicji pojęcia „model” w ofercie Odwołującego brak informacji jednoznacznie wymaganych przez Zamawiającego. W szczególności:

a. w poz. 2.1. Zamawiający wymagał podania: Stacja zarządzania (Urządzenie centralne) marka: model: wraz z aplikacją zarządzającą marka:...model:...

W ofercie Krypton pozycja 2.1. została wypełniona wyłącznie poprzez podanie: „Stacja zarządzania (Urządzenie centralne) KRYPTON K2”.

Wyraźnie zatem brak jakichkolwiek informacji w zakresie aplikacji zarządzającej, nawet jeśli uznać by, że oznaczenie „KRYPTON K2” określa markę i model stacji zarządzania.

b. W innej pozycji tabeli, Zamawiający wymagał podania: „Wykaz wszystkich oprogramowań: (dla każdego oprogramowania zawierające wskazane marki, modelu, wersji, sposobu udzielenia praw autorskich oraz zakresu”

W ofercie Krypton wskazano jedynie: licencje, w tym: KRYPTON AZK2, KRYPTON AZK2-licencje dostępne, Windows Server, licencje dostępne (CAL)”.Odwołujący nie wyszczególnił zatem zakresu i sposobu licencjonowania.

c. W poz. 3 Zamawiający oczekiwał następujących informacji: „Dostawa komputerów PC marka: model: O wydajności obliczeniowej punktów w osiągniętych w aplikacji BAPCo Sysmark 2014 jako wynik średniej noty z wszystkich testów: Office Productivity, Media Creation oraz Data/Financial Analysis przy trzech iteracjach każdego testu wraz 2 oprogramowaniem:

- a) antywirusowym: marka: model:
- b) biurowym: marka:..... model: ...
- c) systemem operacyjnym: marka: ... model:....

Odwołujący wypełnił tabelę podając następujące informacje;

„Dostawa komputerów PC - Stacja Robocza o wydajności obliczeniowej min. 930 punktów osiągniętych w aplikacji BAPCo Sysmark 2014 jako wynik średniej noty z wszystkich testów: Office Productivity, Media Creation oraz Data/Financial Analysis przy trzech Iteracjach każdego testu wraz z oprogramowaniem

- a) Antywirusowym: ESET
- b) Biurowym: Microsoft Office

c) *Systemem operacyjnym: Windows Pro*

Również w tym zakresie, Krypton nie określił, co dokładnie stanowi przedmiot jego oferty oraz nie podał oczekiwanych przez Zamawiającego informacji.

- *Krypton nie podał marki i modelu komputerów PC - oznaczenie „Stacja Robocza” nie stanowi żadnego doprecyzowania ani nie umożliwia identyfikacji urządzenia;*
- *nie podano rzeczywistej posiadanej przez oferowane komputery mocy obliczeniowej - lukę uzupełniono podając wartość wynikającą z opisu przedmiotu zamówienia - wymaganie 2.4.1 lit. e) OPZ: „wydajność obliczeniowa: Minimum 930 punktów (...);”;*
- *„ESET” nie określa oprogramowania, a wyłącznie uproszczoną nazwę producenta, oferującego różne produkty. Podanie wyłącznie informacji „ESET” nie pozwala zorientować się, co do faktycznej treści oferty.*

d. *Dokładnie tak samo wyglądały wymagania Zamawiającego i treść oferty Krypton w odniesieniu do kolejnej grupy, 17 sztuk komputerów, w pozycji 4.1. tabeli.*

e. *W przypadku póź. 4.2 i 4.3 Zamawiający również wymagał podania marki i modelu oferowanych klawiatury i wskaźnika optycznego (myszy). Krypton w pierwszej pozycji wpisał „Klawiatura DELL USB”. Taki produkt nie funkcjonuje na rynku, tym bardziej, iż dokładnie w ten sam sposób „DELL USB”, Odwołujący oznaczył oferowaną mysz optyczną. Zatem również w zakresie obu tych pozycji brak wskazania przedmiotu oferty Wykonawcy w sposób umożliwiający jego identyfikację,*

3. *W poz. 7 tabeli, Zamawiający zawarł wymaganie dostarczenia urządzenia typu TEMPEST, i wymagał podania marki i modelu urządzenia. Krypton w żaden sposób nie określił, jakie urządzenie oferuje - nie podał ani marki ani modelu urządzenia czy jakichkolwiek innych danych umożliwiających identyfikację oferowanego rozwiązania. Podane w treści oferty Odwołującego informacje stanowią wyłącznie powtórzenie niewielkiego fragmentu wymagań Zamawiającego w tym zakresie opisanych w OPZ (pkt 2.7 OPZ). W żaden sposób nie zostało zatem określone, jakie urządzenie jest oferowane przez Odwołującego.*

a. *Powyższa, ewidentna niezgodność z treścią SIWZ i nieokreślenie przedmiotu oferty, ma znaczenie tym bardziej, iż wskazane urządzenie - szafy typu TEMPEST stanowią istotny element zamówienia, zarówno pod względem wartości, jak i znaczenia dla całego dostarczanego Zamawiającemu rozwiązania.*

b. *Urządzenia te stanowią środek ochrony kryptograficznej, który powinien spełniać wymagania określone odpowiednimi przepisami prawa i podlegać certyfikacji przed odpowiednie służby - ABW lub SKW (pkt 2.7. lit. a OPZ). Szafy te nie są wyłącznie dopełnieniem infrastruktury w celu umiejscowienia urządzeń szyfrujących w lokalizacjach Zamawiającego, ale pełnią funkcję ochronną, zapobiegając ujawnieniu informacji niejawnych poprzez blokowanie emisji elektromagnetycznej z urządzeń transmitujących te informacje. Muszą być zatem wykonane z odpowiednich materiałów i z zastosowaniem specjalistycznych*

technologii. Wartość jednego takiego urządzenia to kilkadziesiąt tysięcy zł, co biorąc pod uwagę zamawianą w postępowaniu liczbę - 23 sztuki - stanowi istotny, o ile nie najwyższy składnik cenowy złożonych w postępowaniu ofert.

c. Co istotne, zgodnie zarówno z wymaganiami ABW, jak i SKW, złożenie wniosku i uzyskanie certyfikatu dla szafy TEMPEST, wymaga podania pełnej nazwy środka ochrony elektromagnetycznej (model, wersja). Informacje te są również zamieszczone w wydawanym certyfikacie, gdyż nie jest możliwe poddanie certyfikacji urządzenia nie posiadającego określonego oznaczenia typu, pozwalającego na jego identyfikację. Ponadto, bez uzyskania certyfikatu ochrony elektromagnetycznej dla urządzenia, nie jest możliwe akredytowanie (certyfikowanie) całego dostarczanego rozwiązania.

d. Wymagania Zamawiającego w zakresie podania marki i modelu urządzeń TEMPEST miały więc istotne znaczenie, nie tylko z czysto formalnego punktu widzenia - jakkolwiek postawienie w SIWZ wymagania podania w ofercie określonych informacji, niezależnie od ich charakteru, zobowiązuje Zamawiającego do egzekwowania wywiązania się z tego obowiązku przez każdego z wykonawców - ale również ze względu na konieczność zapewnienia dookreślenia i możliwości weryfikacji ofert wykonawców w zakresie tak istotnej części zamówienia.

e. Oznaczenie oferowanego urządzenia, pozwalało Zamawiającemu na ocenę ofert zarówno pod kątem jej zgodności z wymaganiami, przede wszystkim w zakresie możliwości uzyskania wymaganych certyfikatów, jak również z punktu widzenia rażąco niskiej ceny oferty. Przy tak znaczącej wartości pojedynczego urządzenia, która ma istotne znaczenie dla wartości całej oferty, rzetelne oszacowanie ceny ofertowej powinno opierać się o konkretną ofertę cenową uzyskaną od dostawcy tych szaf.

4. Podsumowując, oferta Krypton w sposób ewidentny nie zawiera wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji. Nie pozwala również na identyfikację oferowanego przez Krypton rozwiązania, przez co przedmiot oferty pozostaje niedookreślony, a zatem - niemożliwa jest weryfikacja przez Zamawiającego zgodności oferty Wykonawcy, zarówno na etapie badania i oceny ofert, jak i na etapie realizacji zamówienia. Oznaczenie i wskazanie oferowanych urządzeń i oprogramowania stanowi niewątpliwie treść oferty Wykonawcy (taki też był określony w SIWZ charakter dokumentu opisu przedmiotu zamówienia wymaganego wraz z ofertą), i to jej istotny element - essentialia negotii - definiujący przedmiot składanej oferty i, późniejszej dostawy. W tym zakresie, art. 87 ust. 1 Pzp uniemożliwia dokonywanie zmian w stosunku do złożonej oferty. Ewentualne wezwanie Odwołującego do wyjaśnień byłoby bezprzedmiotowe, bowiem doprecyzowanie w nich przez Krypton przedmiotu oferty (marki/modelu oferowanych produktów) prowadziłoby do nieuniknionej zmiany treści złożonej już oferty w jej istotnym aspekcie. Z tych samych

względów, brak podstaw do zastosowania w przedmiotowej sytuacji instytucji poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Byłaby to istotna zmiana treści oferty, niemożliwa do dokonania przez Zamawiającego samodzielnie (brak w ofercie innych informacji umożliwiających identyfikację oferowanych produktów).

6. Wbrew twierdzeniom odwołania, to właśnie uznanie przez Zamawiającego za prawidłową oferty niezawierającej informacji wymaganych w celu identyfikacji oferowanych urządzeń, stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Taki oferent, nie będąc jako jedyny zobowiązany do określenia oferowanych urządzeń już na etapie składania oferty, uniknąłby weryfikacji złożonej oferty pod kątem zgodności z SIWZ, jak i pod kątem rażąco niskiej ceny, jak również - mógłby dowolnie na każdym etapie, aż do dostawy zamówienia - zmieniać „przedmiot” swojej oferty, nie będąc związanym oświadczeniem ujawnionym w ofercie.

7. Powyższa interpretacja, podobnie jak sugerowana przez Odwołującego argumentacja wskazująca na brak możliwości określenia marki i modelu urządzeń, które jeszcze nie istnieją, pozostaje w sprzeczności zarówno z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, jak również - jest wprost sprzeczna z treścią SIWZ obowiązującej w postępowaniu.

W szczególności, zarzuty formułowane na obecnym etapie przeciwko treści SIWZ i wymaganiom Zamawiającego dotyczącym sposobu sporządzenia oferty, są spóźnione i nie zasługują na uwzględnienie.

III. Bezzasadny jest również zarzut nierównego traktowania wykonawców Krypton i Enigma SOI. Wezwanie do wyjaśnień treści oferty skierowane do Enigma SOI dotyczyło wyjaśnienia właściwości zaoferowanych urządzeń, tj. wyjaśnienia treści rzeczywiście złożonej oferty, nie zaś jej uzupełnienia. W sytuacji, w której Krypton nie określił oferowanych urządzeń, jakiegokolwiek wyjaśnienia w tym zakresie, które mogłyby doprowadzić do zgodności oferty z treścią SIWZ, prowadziłyby do uzupełnienia (a więc - zmiany), złożonej oferty. Zamawiający nie był zobowiązany do wyjaśniania treści oferty, która de facto nie została przez Odwołującego podana.

IV. W zakresie dotyczącym nierównego traktowania wykonawcy Krypton ze względu na uznanie za bezzasadne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Odwołującego, podkreślenia wymaga, iż w zakresie badania tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający zobowiązany jest do indywidualnego badania przesłanek zaskarżenia w stosunku do każdego z wykonawców.

1. Sam fakt uznania określonych informacji za zasadnie lub bezzasadnie zastrzeżone w ofercie jednego z wykonawców, nie przesądza o ocenie w tym zakresie w stosunku do drugiego z wykonawców, zatem art. 7 ust. 1 Pzp nie znajduje tutaj zastosowania w sposób wskazywany przez Odwołującego. Potwierdza to stanowisko wyrażone między innymi w

wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2016 r., sygn. KIO 1435/16: „(...) Zamawiający jest zobowiązany bodąc zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do każdego z wykonawców osobno, uwzględniając i badając okoliczności szczególne względem każdego z wykonawców. Decyzję o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa każdy z wykonawców podejmuje indywidualnie, niezależnie od innych wykonawców, kierując się właściwymi tylko dla siebie przesłankami zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego każdy przypadek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien podlegać indywidualnej ocenie. Fakt bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji nie oznacza automatycznie, że pozostali przedsiębiorcy również bezpodstawnie zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa.”

2. Ponadto, należy mieć na uwadze istotną różnicę, wykazaną powyżej, pomiędzy zakresem informacji ujawnionych w ofercie Krypton, a informacjami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia sporządzonym przez Enigma SOI. Zgodnie z prawidłową oceną dokonaną przez Zamawiającego, oferta Krypton nie zawiera żadnych informacji, które wymagałyby szczególnej ochrony ze względu na ich znaczenie dla przedsiębiorstwa wykonawcy - są to informacje ogólne, powszechnie dostępne i uniemożliwiającego dokładne zidentyfikowanie przedmiotu oferty Odwołującego. Natomiast, Uczestnik postępowania przedstawił - zgodnie z pkt IV uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączonym do oferty - szczególną i szczegółową konfigurację urządzeń i oprogramowania oferowaną Zamawiającemu w tym postępowaniu, prawidłowo wykazując spełnienie wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

V. W zakresie zarzutów stawianych przez Odwołującego wobec oferty złożonej przez Uczestnika postępowania, wskazujemy, iż Krypton nie posiada interesu, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, w stawianiu przedmiotowych zarzutów. Oferta Odwołującego, gdyby nie została odrzucona i podlegała ocenie, uzyskałaby wyższą ocenę punktową niż oferta złożona przez Enigma SOI. Zatem interes Odwołującego zmierzający do uzyskania zamówienia i stanowiący przesłankę uprawniającą do skorzystania ze środków ochrony prawnej, wyczerpuje się w zarzutach dotyczących odrzucenia własnej oferty Odwołującego. Również w zakresie drugiej z przesłanek - możliwości lub faktu poniesienia szkody - ocena oferty Uczestnika postępowania pozostaje irrelevantna dla sytuacji Odwołującego w tym postępowaniu.

1. Odwołujący nie wykazał w popieraniu zarzutów dotyczących oferty Uczestnika postępowania występowania przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujących skuteczność odwołania. Odwołującemu nie sposób bowiem w tym zakresie przyznać ani posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia ani poniesienia, względnie możliwości poniesienia, szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami. Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 24 maja 2012 r. (sygn. KIO 956/12) „Wskazany interes oraz

możliwość poniesienia szkody - w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego, a w konsekwencji nieprawidłowego, zdaniem Odwołującego, wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej - nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższego zarzutu, w okolicznościach niniejszej sprawy, oferta Odwołującego jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia realizuje się poprzez posiadanie bądź utrzymanie statusu wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do oferty wykonawcy, który złożył ofertę niżej ocenioną (tu: droższą), nie rzutują na sytuację Odwołującego w sposób, który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody - wykluczenie bądź pozostawienie w postępowaniu innego wykonawcy, którego oferta okazała się droższa od oferty Odwołującego pozostaje dla niego indyferentne. O ile zdoła wykazać niezasadność własnego wykluczenia, okoliczność czy wykonawca droższy, pierwotnie wybrany przez Zamawiającego, pozostanie w postępowaniu, nie wpływa na możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Natomiast w razie nieuwzględnienia zarzutów wobec Odwołującego i potwierdzenia prawidłowości czynności Zamawiającego, okoliczność czy dotychczasowy wykonawca wybrany - droższy - utrzyma swój status, również pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Także okoliczność, iż wybór takiego wykonawcy, w sytuacji gdy podlega on również wykluczeniu, skutkuje wadą postępowania, nie przesądza o istnieniu po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia, W świetle brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w tym przepisie, nie sposób upatrywać jedynie w czuwaniu nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status Odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego zamówienia. Interesu takiego nie sposób upatrywać także w możliwości unieważnienia postępowania, na którą powoływał się Odwołujący. W ocenie Izby potencjalne unieważnienie postępowania nie mieści się w przesłance posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż niewątpliwie interes ten winien dotyczyć tego konkretnego postępowania, a nie być związany z zamówieniem jedynie przedmiotowo i podlegać realizacji np. poprzez hipotetyczny udział w kolejnym postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego. Ponadto przyznanie Odwołującemu w tym zakresie uprawnienia do wniesienia skutecznego odwołania skutkowałoby tym, iż w przypadku potwierdzenia się zasadności wykluczenia Odwołującego, a w konsekwencji utraty przez niego statusu uczestnika postępowania przetargowego, równocześnie przyznane byłoby mu prawo do skutecznego podważenia prawidłowości innej oferty, a zarazem potencjalnie i decyzji o bycie całego postępowania. O istnieniu interesu w kwestionowaniu oferty Przystępującego nie stanowi także zarzucane naruszenie art. 7 ustawy

Pzp, tj. prowadzenie badania i oceny ofert z naruszeniem zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. W ocenie Izby zarzut ten może być natomiast powoływany i popierany dla obrony własnej oferty. Ponadto Odwołujący w zakresie wskazywanego zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy nie wykazał także, by poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Pzp. Konieczne jest zatem wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał bądź zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. (...) biorąc pod uwagę, iż Odwołujący nie wykazał żadnej z wymaganych przesłanek, powyższe prowadzi do wniosku, iż Odwołujący w zakresie zarzutów wobec wyboru oferty złożonej przez Przystępującego i zaniechania wykluczenia go z postępowania nie wykazał dopuszczalności wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe oznacza wyłączenie merytorycznej oceny zarzutów przez Izbę, Z tych względów zarzuty wobec oferty Przystępującego nie będą podlegać rozpoznaniu. Analogiczny pogląd Izba reprezentowała np. w wyroku z 31stycznia 2011 r., sygn. akt. KIO 99/11, w wyroku z dnia 15 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2607/10; KIO 2613/10, w wyroku z dnia 24 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1719/10, w wyroku z dnia 21 lutego 2011, sygn. akt KIO 248/11. Analogiczne stanowisko Izba zajmowała, m. in w wyroku z dnia 7 września 2012 r., sygn. akt KIO 1812/12, KIO 1824/12 oraz z dnia 19 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1422/11.

VI. Powyższe dotyczy, zarówno zarzutu niezgodności oferty Uczestnika postępowania z treścią SIWZ, jak również zaniechania odtajnienia treści oferty Enigma SOI. Niezależnie od powyższego, zarzuty postawione w tym zakresie przez Odwołującego nie znajdują żadnego uzasadnienia prawnego ani faktycznego.

1. W zakresie obu tych zarzutów, należy stwierdzić, iż są one pozbawione właściwych podstaw faktycznych. Ponieważ na zarzut składają się zarówno podstawa prawna, jak i okoliczności faktyczne, Odwołujący był zobowiązany do określenia, na czym opiera stawiane przez siebie zarzuty już na etapie składania odwołania. Jakikolwiek późniejsze rozszerzenie i przedstawienie nowych okoliczności faktycznych, będzie nieuprawnione, jako dokonane po terminie na wniesienie odwołania.

2. W zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący nie wskazuje, które przestanki z art. 11 ust. 4 uznk nie zostały przez Uczestnika postępowania wykazane i dlatego objęte zastrzeżeniem informacje nie kwalifikują się do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosi wyłącznie, iż Zamawiający wymagał zamieszczenia informacji o określonym typie urządzenia, zgodnie z roz. I pkt 1 ppkt 1 SIWZ, które ma

charakter jawny i powszechnie dostępny.

3. Na to samo postanowienie SIWZ, powołuje się Odwołujący w zakresie zarzutu dot. niezgodności oferty Enigma SOI z treścią SIWZ, wskazując jakoby w postępowaniu możliwe było zaoferowanie wyłącznie dwóch modeli urządzeń: Krypton K2/Lite i ETA VPN100P. Odwołujący wywodzi niezgodność oferty Enigma SOI z treścią SIWZ, wyłącznie w oparciu o fakt, iż Uczestnik postępowania nie może zaoferować żadnego innego modelu urządzenia niż ETA VPN100P,

4. Twierdzenia Odwołującego nie znajdują żadnego uzasadnienia w treści SIWZ, co świadczy jednoznacznie o bezpodstawności jego zarzutów.

a. Zgodnie z treścią roz. I pkt 1 ppkt 1 SIWZ, przedmiotem zamówienia jest budowa skonsolidowanego systemu dostępu do niejawnych zasobów systemu KCIK dla Resortu Finansów obejmująca dostawę, zainstalowanie, zintegrowanie i uruchomienie:

„42 urządzeń szyfrujących zapewniających, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, bezpieczne przesyłanie danych, do klauzuli „poufne” włącznie, pomiędzy:

a) Policyjną Siecią Transmisji Danych Niejawnych (PSTDN) a resortem finansów,

b) Strefami ochronnymi w ramach resortu finansów,

- przy czym wszystkie urządzenia szyfrujące muszą zapewniać połączenie z Policyjną Siecią Transmisji Danych Niejawnych (PSTDN) do klauzuli „poufne” włącznie i być zgodne z wykorzystywanymi przez Policję:

- szyfratorami CompCrypt ETA YPN100P lub

- szyfratorami IP KRYPTON K2 Lite”

b. Nie jest uprawnione wywodzenie z powyższego wymagania obowiązku dostarczenia przez Wykonawców wyłącznie szyfratorów CompCrypt ETA VPN100P lub IP KRYPTON K2 Lite. Wykonawcy, zgodnie z ww. wymaganiami zobowiązani byli do dostarczenia urządzeń zapewniających połączenie z PSTDN i zgodnych z co najmniej jednym, z modeli wykorzystywanych przez Policję.

c. Zamawiający potwierdził to jednoznacznie udzielając w dniu 23 września 2016r. odpowiedzi na Pytanie nr 23, dotyczące tego, czy Zamawiający dopuści dostarczenie do węzła Systemu po stronie Zamawiającego oraz do wszystkich pozostałych Lokalizacji i jednostek Zamawiającego (łącznie 40 urządzeń) innego niż ETA VPN 100P lub KRYPTON K2 Lite certyfikowanego przez uprawnioną Służbę Ochrony Państwa szyfratora, spełniającego pozostałe warunki postępowania. Zamawiający potwierdził, że: „dopuszcza każde rozwiązanie, które umożliwi wymianę informacji z systemem niejawnym Policji - Moduł KCIK za pośrednictwem Policyjnej Sieci Transmisji Danych Niejawnych”.

d. Uczestnik postępowania oferuje rozwiązanie odpowiadające treści SIWZ,

zgodnie z ww. wymaganiami Zamawiającego. Brak jakichkolwiek podstaw dla uznania zasadności zarzutu Odwołującego opartego wyłącznie o nieznajdujące potwierdzenia w treści SIWZ twierdzenie, iż Enigma SOI mogła zaoferować Zamawiającemu wyłącznie urządzenia ETA VPN 100P. Podkreślić należy, iż w zakresie twierdzenia, iż jakiekolwiek inne urządzenia produkowane przez Enigma SOI nie spełniają wymagań SIWZ, Odwołujący nie precyzuje żadnych okoliczności faktycznych, mogących służyć jako podstawa zarzutu odwołania.

VII. W związku z powyższym, podtrzymuję wniosek o oddalenie odwołania w całości." Przedstawione stanowisko przystępujący podtrzymał również do protokołu rozprawy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z postanowień ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ z wyjaśnieniami oferty odwołującego i przystępującego, korespondencji zamawiającego z wykonawcami.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron oraz przystępującego, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynikał następujący stan faktyczny, którego strony i uczestnik nie kwestionowali.

Pismem z dnia 13 września 2016 r. zamawiający zaprosił wykonawców: Krypton Polska Sp. z o.o. oraz Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. do złożenia ofert w terminie do dnia 4 października 2016 r.

Przesłana wykonawcom specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zawiera w zakresie odnoszącym się do zarzutów odwołania następujące postanowienia.

W tym miejscu pełnomocnik zamawiającego oświadcza, że specyfikacja jest jawna i odnośne jej fragmenty mogą być ujęte w protokole postępowania bez zastrzegania tajemnicy.

Rozdział I SIWZ. Opis Przedmiotu Zamówienia

Przedmiot zamówienia obejmuje „budowę skonsolidowanego systemu dostępu do niejawnych zasobów Krajowego Centrum Informacji Kryminalnych (KCIK).

Opis zamówienia.

Budowa skonsolidowanego systemu dostępu (zwanego dalej Systemem Dostępu) do niejawnych zasobów systemu Krajowego Centrum Informacji Kryminalnych (KCIK) dla resortu finansów obejmująca dostawę, zainstalowanie, zintegrowanie i uruchomienie.

1) 42 urządzeń szyfrujących zapewniających, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, bezpieczne przesyłanie danych, do klauzuli „poufne” włącznie, pomiędzy:

- a) Policijną Siecią Transmisji Danych Niejawnych (PSTDN) a resortem finansów,
 - b) strefami ochronnymi w ramach resortu finansów,
- przy czym wszystkie urządzenia szyfrujące muszą zapewniać połączenie z Policijną Siecią Transmisji Danych Niejawnych (PSTDN) do klauzuli „poufne” włącznie i być zgodne z wykorzystywanymi przez Policję: szyfratorami CompCrypt ETA VPN100P lub szyfratorami IP KRYPTON K2 Lite;
- 2) systemu zarządzania kryptografią, który zapewni zarządzanie urządzeniami szyfrującymi, o których mowa w pkt 1);
 - 3) 23 komputerów PC (jednostka centralna) z systemem operacyjnym, pakietem biurowym i oprogramowaniem antywirusowym;
 - 4) 17 zestawów komputerowych - każdy składający się z komputera PC (jednostka centralna) z systemem operacyjnym, oprogramowania, monitora, oraz wyposażenia;
 - 5) 40 drukarek laserowych monochromatycznych;
 - 6) 40 urządzeń do zasilania awaryjnego (UPS);
 - 7) 23 urządzeń do ochrony przed niekontrolowaną emisją ujawniającą, uprawniających do przetwarzania danych do klauzuli „poufne”, zapewniających ochronę komputerów (jednostek centralnych), o których mowa w pkt 3), drukarek, o których mowa w pkt 5) i urządzeń szyfrujących, o których mowa w pkt 1), wraz z zainstalowaniem ww. komputerów, drukarek i szyfratorów w urządzeniach do ochrony;
 - 8) zintegrowanie, skonfigurowanie i uruchomienie Systemu Dostępu;
 - 9) opracowanie i przekazanie dokumentacji bezpieczeństwa, wymaganej ustawą o ochronie informacji niejawnych i wytycznymi ABW, niezbędnej do uzyskania akredytacji systemu uprawniającej do przetwarzania informacji niejawnych do poziomu poufny włącznie;
 - 10) przeprowadzenie warsztatów w zakresie administrowania systemem kryptograficznym oraz sprawowania nadzoru i kontroli przez Inspektora Bezpieczeństwa Teleinformatycznego;
2. Zapewnienie usługi wsparcia technicznego dla Systemu Dostępu.

3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji zawiera Wzór Umowy, stanowiący załącznik B do SIWZ.

Rozdział II. wykonawca zobowiązany będzie zrealizować przedmiot zamówienia w terminie wskazanym w ofercie, nie dłuższym niż 65 dni od dnia zawarcia umowy.

Rozdział XIII SIWZ. Sposób przygotowania oferty.

2. Do przygotowania oferty zaleca się wykorzystanie Formularza ofertowego, którego wzór stanowi Załącznik A do SIWZ i zamieszczenie formularza na początku oferty, lub zawarcie wymaganych w ww. formularzu informacji na początku oferty.

3. Oferta musi zawierać:

1) pełną nazwę, adres wykonawcy(...),

3); 4); cenę oferty (...),

5) w przypadku, gdy wybór złożonej oferty prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o VAT:

a) wskazanie nazw (rodzajów) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku VAT, oraz

b) wskazanie ich wartości bez kwoty podatku.

6) opis przedmiotu zamówienia zawierający informacje wymagane w kol. 2 i 3 tabeli zawartej w Załączniku nr 5 do Wzoru Umowy, stanowiącego Załącznik B do SIWZ

7) Termin realizacji przedmiotu zamówienia.

6. Wykonawca zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać w ofercie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, według przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. poz. 1503, ze zm.), tj., że:

1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności;

2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także

3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

8. Zastrzeżenie przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa bez uzasadnienia będzie traktowane jako bezskuteczne ze względu na zaniechanie przez wykonawcę podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności objętych klauzulą informacji.

Rozdział XVIII SIWZ. Kryteria udzielenia zamówienia

Kryteria określone poniżej

Termin wykonania zamówienia - waga: 40 %

Cena - waga: 60 %.

Rozdział XX SIWZ.

4. Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana zobowiązany jest do zawarcia umowy wg Wzoru Umowy. Umowa zostanie uzupełniona o zapisy z oferty nie sprzeczne z zapisami z SIWZ oraz nie ograniczające praw zamawiającego.

Załącznik A do SIWZ Formularz ofertowy, nie wymagał wyszczególnienia oferowanego przedmiotu zamówienia. Zawiera zapis: W przypadku, gdy wybór złożonej oferty prowadziłby

do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o VAT:

a) wskazanie nazw (rodzajów) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku VAT, oraz

b) wskazanie ich wartości bez kwoty podatku.

Załącznik B do SIWZ - Wzór umowy. § 1. Przedmiot Umowy

1. Przedmiotem Umowy jest:

1.1. Dostawa Systemu do niejawnych zasobów systemu Krajowego Centrum Informacji Kryminalnych (KCIK) dla Resortu Finansów w skład którego będą wchodzić:

1.1.1. 42 Urządzenia szyfrujące, które zapewnią, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, bezpieczne przesyłanie danych, do klauzuli „Poufne” włącznie, pomiędzy 35 strefami ochronnymi w ramach Resortu Finansów oraz zapewnią połączenie z Policyjną Siecią Transmisji Danych Niejawnych (PSTDN) o klauzuli „Poufne” działającą w oparciu o szyfratory CompCrypt ETA VPN I OOP z wersją oprogramowania 3.51.01 lub szyfratorów IP KRYPTON K2 Lite w wersji 1.4;

1.1.2. System Zarządzania Kryptografią (dalej SZK), który zapewni zarządzanie Urządzeniami szyfrującymi, o których mowa w ppkt. 1.1.1;

1.1.3. 23 komputery PC (jednostka centralna) z systemem operacyjnym, pakietem biurowym i oprogramowaniem antywirusowym;

1.1.4. 17 zestawów komputerowych składających się z jednostki centralnej z systemem operacyjnym, pakietem biurowym i oprogramowaniem antywirusowym, monitorem.... ", klawiaturą i wskaźnikiem optycznym (mysz optyczna);

1.1.5. 40 drukarek laserowych monochromatycznych z dupleksem A4;

1.1.6. 40 urządzeń do zasilania awaryjnego (UPS);

1.1.7. 23 Urządzenia typu TEMPEST do ochrony przed niekontrolowaną emisją ujawniającą, uprawniające do przetwarzania danych do klauzuli „Poufne”, które pomieszczą: komputer (jednostkę centralną), o którym mowa w ppkt 1.1.3., drukarkę, o której mowa w ppkt 1.1.5 i szyfrator, o którym mowa w ppkt 1.1.1;

1.1.8. Dostawa, konfiguracja, instalacja i uruchomienie Systemu;

1.1.9. Opracowanie i przekazanie dokumentacji bezpieczeństwa Szczególnych Wymagań Bezpieczeństwa (SWB) i Procedur Bezpiecznej Eksploatacji (PBE) na potrzeby uzyskania akredytacji Systemu uprawniającej do przetwarzania informacji niejawnych do poziomu

„Poufny” włączenie;

1.1.10. Przeprowadzenie warsztatów dla administratorów i inspektorów bezpieczeństwa teleinformatycznego w zakresie administracji Systemem oraz sprawowania nadzoru i kontroli przez Inspektora Bezpieczeństwa teleinformatycznego;

1.2. Zapewnienie usługi wsparcia technicznego, zwanej dalej „Usługą Wsparcia Technicznego” przez okres 36 miesięcy, dla zainstalowanego Systemu. Szczegółowy opis Usługi Wsparcia Technicznego znajduje się w Załączniku nr 1 do Umowy.

2. Szczegółowy opis Przedmiotu Umowy został określony w Załączniku Nr 1 do Umowy.

§ 2. Terminy realizacji Przedmiotu Umowy.

1. Wykonawca zobowiązuje się do realizacji przedmiotu umowy w dwóch etapach. (...)

§ 3. Sposób realizacji Przedmiotu Umowy.

10. Wraz z urządzeniami wykonawca dostarczy zamawiającemu dokumentację techniczną, instrukcje obsługi, wymagane certyfikaty oraz karty gwarancyjne w języku polskim.

11. Oprogramowanie będzie dostarczone wraz z dokumentacją (w tym z dokumentami potwierdzającymi licencje).

§ 4. Oświadczenia stron.

1. Wykonawca oświadcza, że wszystkie Urządzenia objęte Przedmiotem Umowy:

3.1 spełniają wszystkie wymagania dotyczące bezpieczeństwa oraz zużycia energii określone w obowiązującym w Polsce prawie,

3.2 są fabrycznie nowe, kompletne, nieużywane, nierafabrykowane i nieregenerowane, nienaprawiane, nie podlegały ponownej obróbce oraz w jednolitej konfiguracji,

3.3 nie wykazują jakichkolwiek wad fizycznych, prawnych, jak i ograniczających możliwość ich prawidłowego użytkowania,

3.4 zostały dopuszczony do obrotu gospodarczego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

4. Wykonawca oświadcza, że jest uprawniony do udzielania licencji/sublicencji na użytkowanie oprogramowania lub posiada prawo do jego sprzedaży i niniejsza Umowa nie narusza prawem chronionych dóbr osobistych, jak i majątkowych osób trzecich, ani też praw na dobrach niematerialnych, w szczególności: praw autorskich, pokrewnych, (...)

Załącznik nr 1 do umowy - Opis Przedmiotu Umowy stanowi, że „*Niniejszy załącznik zostanie sporządzony w oparciu o treść Rozdziału I ust. 1 Zaprośnienia oraz z oferty Wykonawcy niesprzecznie z zapisami Zaprośnienia oraz nie ograniczając praw Zamawiającego.*” Zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Zestawienie komponentów i specyfikacja

techniczna: (uzupełni wykonawca)

Załącznik nr 5 do umowy - Specyfikacja Cenowa Przedmiotu Umowy wymagała: „wyszczególnienia elementów Przedmiotu Umowy z podaniem ich nazw i modelu oraz liczby i cen jednostkowych.”

2. „Dla każdej pozycji dopisywanej przez Wykonawcę, wykonawca zobowiązany jest wpisać markę i model oferowanego produktu.”

W powyższych kolumnach wskazano odpowiednio:

- 1) dla kolumny 2 „Wyszczególnienie elementów Przedmiotu Umowy z podaniem ich nazw i modelu”,
- 2) dla kolumny 3 „Liczba”.

Wykonawcy byli zobowiązani jedynie uzupełnić formularz zał. 5 do wzoru umowy - Specyfikacja Cenowa przedmiotu umowy w zakresie wyszczególnionych elementów przedmiotu umowy przez podanie ich nazw (marki, modelu oferowanego produktu) oraz liczby.

W dniu 23 września 2016r. odpowiedzi na Pytanie nr 23 do SIWZ, dotyczące tego, czy Zamawiający dopuści dostarczenie do węzła Systemu po stronie Zamawiającego oraz do wszystkich pozostałych Lokalizacji i jednostek Zamawiającego (łącznie 40 urządzeń) innego niż ETA VPN 100P lub KRYPTON K2 Lite certyfikowanego przez uprawnioną Służbę Ochrony Państwa szyfratora, spełniającego pozostałe warunki postępowania? Zamawiający potwierdził, że: „dopuszcza każde rozwiązanie, które umożliwi wymianę informacji z systemem niejawnym Policji - Moduł KCIK za pośrednictwem Policyjnej Sieci Transmisji Danych Niejawnych”.

Odpowiedź na pytania do SIWZ z 23.09.2016 r. w zakresie zmiany nr 7 w zał. nr 1 do wzoru umowy zał. D do SIWZ w brzmieniu określającym wymagania dodatkowe dot. komputerów PC Formularz zał. 5 do zał. B wzoru umowy nie został zmieniony.

Zamawiający oświadczył, że wnioski zawarte w pytaniu odwołującego, które były podstawą zmiany w poz. 7 uwzględnił w całości.

Zmiana nr 7 do SIWZ. Wymagania dodatkowe:

- minimum 1xPC1 Express o szybkości x16
- minimum 1xPC1 Express o szybkości minimum x4
- zintegrowany z płytą główną moduł TPM 1.2 3.0, w tym co najmniej 1 na front panelu
- minimum 3xUSB 3.0, w tym co najmniej 1 na front panelu
- całkowita liczba zatek zewnętrznych minimum 3, w tym minimum 1x5,25

W przypadku konieczności konfigurowania lub obsługi administracyjnej urządzeń szyfrujących za pośrednictwem portu RS-232 Wykonawca zapewni połączenie urządzenia szyfrującego z komputerem PC.

Oferty złożyli:

Krypton Polska Sp. z o.o., cena 2 497 774,60 zł; termin realizacji 49 dni

Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. cena 2 221 362,78 zł; termin realizacji 59 dni

Strony oraz przystępujący zgodnie przyznają, że gdyby oferta wykonawcy Krypton Polska Sp. z o.o. podlegała ocenie wg kryteriów, byłaby ona korzystniejszą niż oferta przystępującego.

Odwołujący Krypton Polska Sp. z o.o. w dokumentacji oferty złożył wypełniony ogólny Formularz ofertowy według wzoru załącznika A; uzasadnienie zastrzeżenia informacji, które oznaczył jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa dla Opisu przedmiotu zamówienia strona 4,5/6 i przedstawił Specyfikację Cenową Przedmiotu umowy, według załącznika 5 do wzoru umowy, zawierający opis oferowanego sprzętu i oprogramowania.

Specyfikacja Cenowa Przedmiotu Umowy w ofercie Krypton została odtajniona.

Zgodnie z rozdziałem XIII pkt 3 ppkt 6 SIWZ opis przedmiotu zamówienia oferowany przez wykonawcę musiał zawierać informacje wymagane w kolumnach 2 i 3 tabeli zawartej w Załączniku nr 5 do Wzoru Umowy - Załącznika B do SIWZ. Zamawiający częściowo wypełnił tabelę stanowiącą ww. załącznik w zakresie zamawianych ogólnie nazwanych produktów, pozostawiając wykropkowane puste pola, które wykonawca zobowiązany był uzupełnić w odniesieniu do każdej z pozycji - poprzez wskazanie konkretnej nazwy, marki oferowanego urządzenia oraz oprogramowania.

a. w poz. 2.1. zamawiający wymagał podania: Stacja zarządzania (Urządzenie centralne) marka: model: wraz z aplikacją zarządzającą marka:...model:...

W ofercie Krypton pozycja 2.1. została wypełniona wyłącznie poprzez podanie: „Stacja zarządzania (Urządzenie centralne) „KRYPTON K2”. Brak informacji w zakresie aplikacji zarządzającej, nawet jeżeli oznaczenie „KRYPTON K2” określa markę i model stacji zarządzania.

Odwołujący wyjaśniał, że informacje dot. aplikacji zarządzającej podał w pkt 2.2 i w pkt 2.4.1, w pkt 2.4.2 (1), gdzie podano liczbę licencji 42 oraz, że jest to jego własne oprogramowanie, któremu innej nazwy identyfikującej to oprogramowanie nie nadał. Tak samo nazywa się aplikacja jak i stanowisko centrum zarządzania.

b. w pkt 2.5. pozycji tabeli, zamawiający wymagał podania: „wykaz wszystkich oprogramowań: (dla każdego oprogramowania zawierające wskazane marki, modelu, wersji, sposobu udzielenia praw autorskich oraz zakresu”.

W ofercie Krypton wskazano jedynie: licencje, w tym: KRYPTON AZK2, KRYPTON AZK2-licencje dostępowe, Windows Server, licencje dostępowe (CAL)”.

Odwołujący nie wyszczególnił zakresu i sposobu licencjonowania.

c. - w poz. 3 wskazano: „Dostawa komputerów PC marka: model: o wydajności obliczeniowej ... punktów w osiągniętych w aplikacji BAPCo Sysmark 2014 jako wynik średniej noty z wszystkich testów: Office Productivity, Media Creation oraz Dato/Financial Analysis przy trzech iteracjach każdego testu wraz z oprogramowaniem:

- a) antywirusowym: marka:.... model:....
- b) biurowym: marka:.... model:.....
- c) systemem operacyjnym: marka:..... model:....

W poz. 4. Dostawa zestawów komputerowych

Zamawiający oczekiwał następujących informacji: komputer PC marka: model: o wydajności obliczeniowej punktów w osiągniętych w aplikacji BAPCo Sysmark 2014 jako wynik średniej noty z wszystkich testów: Office Productivity, Media Creation oraz Data/Financial Analysis przy trzech iteracjach każdego testu wraz 2 oprogramowaniem:

- a) antywirusowym: marka: ... model:
- b) biurowym: marka: model:
- c) systemem operacyjnym: marka: ... model:

Odwołujący wypełnił tabelę podając następujące informacje:

Dostawa komputerów PC - Stacja Robocza o wydajności obliczeniowej min. 930 punktów osiągniętych w aplikacji BAPCo Sysmark 2014 jako wynik średniej noty z wszystkich testów: Office Productivity, Media Creation oraz Data/Financial Analysis przy trzech iteracjach każdego testu wraz z oprogramowaniem

- a) Antywirusowym: ESET
- b) Biurowym: Microsoft Office
- c) Systemem operacyjnym: Windows Pro

Odwołujący stwierdził, że nazwa oprogramowania jakie wymienił dotyczy produktów oferowanych pod tymi nazwami na rynku. Przyznał, że wersji oprogramowania nie oznaczył.

Na pytanie Przewodniczącej dla jakiej konfiguracji komputera, skoro nie podano nazwy komputera, podał 930 punktów osiągniętych w aplikacji BAPCo Sysmark 2014 odwołujący udzielił odpowiedzi, że zadeklarował wydajność obliczeniową dla takiego komputera stacji roboczych, które zaoferował odwołującemu jego poddostawca, będący nie producentem sprzętu, ale integratorem.

d. tak samo podawała treść oferty Krypton w odniesieniu do kolejnej grupy, 17 sztuk komputerów, w pozycji 4.1. tabeli.

e. w przypadku poz. 4.2 i 4.3 zamawiający również wymagał podania marki i modelu oferowanych klawiatury i wskaźnika optycznego (myszy). Krypton w pierwszej pozycji wpisał

„Klawiatura DELL USB”. Taki produkt nie funkcjonuje na rynku, w ten sam sposób „DELL USB”, odwołujący oznaczył oferowaną mysz optyczną. Zatem również w zakresie obu tych pozycji brak wskazania przedmiotu oferty wykonawcy w sposób umożliwiający jego identyfikację.

Odwołujący oświadczył, że w zakresie monitora AOCE 2470 poz. 4.2 wyrób ten pod taką nazwą występuje na rynku, natomiast w odniesieniu do klawiatury i wskaźnika optycznego DELL USB odwołujący przyznał, że nie jest to dokładne dookreślenie tego sprzętu pozwalające na jego identyfikację.

W poz. 7 tabeli, zamawiający zawarł wymaganie dostarczenia urządzenia typu TEMPEST, i wymagał podania marki i modelu urządzenia. Odwołujący Krypton nie określił, jakie urządzenie oferuje - nie podał ani marki ani modelu urządzenia czy jakichkolwiek innych danych umożliwiających identyfikację oferowanego rozwiązania. Podane w treści oferty odwołującego informacje stanowią powtórzenie fragmentu wymagań zamawiającego w tym zakresie opisanych w OPZ (pkt 2.7 OPZ).

Odwołujący oświadczył, że na urządzenie typu TEMPEST składa się szafa ekranująca, monitor, mysz, klawiatura. Oświadczył, że cały zestaw nie ma swojej nazwy ale nazwy pozwalające na identyfikację mają poszczególne elementy tego zestawu, których nazw nie jest w stanie podać.

Odwołujący podał nazwy: urządzenia szyfrującego KRYPTON K2 Lite; licencji Krypton AZK2, drukarka monochromatyczna Lexmark MS 811 DN, pozostałych urządzeń - komputerów PC stacja robocza - nazw i modeli nie podał.

W poz. 2.4.2 i 2.4.3 podano nazwę licencji Windows Serwer bez dookreślenia wersji, sposobu udzielenia praw autorskich oraz zakresu.

Przystępujący Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. dla wszystkich elementów oferowanego sprzętu i oprogramowania wskazał markę, model (wersję np. oprogramowania); (zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa).

W dniu 6 października 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wykazania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oznaczonych pozycjach Specyfikacji Cenowej zał. nr 5, gdyż uznał, że dane tam zawarte są powszechnie dostępne na stronach internetowych producentów.

W wyjaśnieniach odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, co do zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do Specyfikacji Cenowej Przedmiotu umowy, gdyż uznał, że zestawienie tych komponentów stanowi jego rozwiązanie autorskie.

W dniu 12 października 2016 r. zamawiający poinformował odwołującego, że zastrzeżone dane zostały ujawnione na stronie internetowej odwołującego w zakresie sposobu łączenia

urządzeń, w odniesieniu do których dane zawarte w ofercie są mniej szczegółowe i nie zdradzają innego specjalnego sposobu połączenia oferowanych produktów. W rezultacie odstąpił ofertę odwołującego w całości.

W dniu 6 października 2016 r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie możliwości eksploatacji oferowanych urządzeń w wymaganych lokalizacjach. W dniu 10 października 2016 r. wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. udzielił żądanych wyjaśnień.

W dniu 12 października 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego oraz przystępującego do wyjaśnienia elementów ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawcy udzieliłi żądanych wyjaśnień i nie stanowią one przedmiotu zarzutów odwołania.

W dniu 20 października 2016 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o., której przydzielił punktację za cenę - 60, za termin realizacji - 24, razem 84 pkt oraz powiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego: „na podstawie art. 89 ust. 2 Ustawy oferty nr 1 złożonej przez Krypton Polska Sp. z o.o., gdyż oferta ta nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z zapisem Rozdziału XIII SIWZ, ust. 3 pkt 6 - oferta musi zawierać opis przedmiotu zamówienia, zawierający informacje wymagane w kolumnach 2 i 3 tabeli zawartej w Załączniku nr 5 do Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik B do SIWZ. Wykonawca zobowiązany był wyszczególnić w swojej ofercie jakie elementy oferuje Zamawiającemu, podać markę i model każdego urządzenia i oprogramowania. Oferta Wykonawcy nie zawiera tych danych”.

W dniu 3 listopada 2016 r. zamawiający przesłał do wykonawców powiadomienie o sprostowaniu omyłki pisarskiej w podaniu podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego podanej w piśmie z 20 października 2016 r., którą poprawił na „art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.”

Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez odwołującego:

- 1) z oświadczenia jego dostawcy, (którego nazwę utajnił), na okoliczność, że oferowane komputery są unikalnej konfiguracji elementów nie oferowane na rynku w tej konfiguracji;
- 2) wydruk ze strony internetowej producenta HP i DELL w zakresie wytwarzanych przez nich komputerów na okoliczność braku możliwości jednoznacznej identyfikacji urządzenia w oparciu o informacje o marce i modelu z tego względu, że jeżeli wpisze się markę i model to na stronie producenta pojawić się może kilka produktów występujących pod tą nazwą marki i modelu o różnych możliwych konfiguracjach i odwołujący nie przeczył, że można zidentyfikować oferowany wyrób poprzez dookreślenie numeru produktu (Part Number);

- 3) wynik wyszukiwania w wyszukiwarce google modelu szafy TEMPEST o oznaczeniach SIL788-SzE1924ScH. Odwołujący nie przeczył, że takiego oznaczenia modelu szafy do urządzeń typu TEMPEST w swojej ofercie nie podał, ale stwierdził, że nawet gdyby podał to zamawiający nie mógłby zweryfikować, bo nie są one możliwe do wyszukania w przeglądarce google i bin.

Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszanych przez odwołującego dowodów gdyż niewątpliwym wymogiem zamawiającego umieszczonym w SIWZ, było określenie przez wykonawcę nazwy, marki, modelu oferowanych urządzeń, w tym komputerów PC -stacji roboczych i oprogramowania. Jeżeli odwołujący uznawał, że dotrzymanie tego wymogu jest niemożliwe bądź nie uwzględnia sytuacji kiedy wykonawca zechce zaoferować urządzenie w konfiguracji nie występującej w ofercie rynkowej producentów, to winien we właściwym czasie zaskarżyć postanowienia SIWZ, które taki wymóg równo dla wszystkich wykonawców wprowadzały. Z tych względów Izba uznała wnioskowane dowody za bezprzedmiotowe i nieodnoszące się do powodów odrzucenia oferty odwołującego. Natomiast dowód zgłoszony przez przystępującego z dokumentu certyfikatu ochrony elektromagnetycznej dla szafy antyemisyjnej typu TEMPEST oznaczonej jako SIL 720SZE1942SCH, potwierdza jedynie notoryjnie znaną okoliczność, że certyfikaty ochrony elektromagnetycznej, jak każde inne sporządzane w ramach obowiązkowej certyfikacji wyrobu, są wydawane po przebadaniu konkretnie oznaczonego wyrobu.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie wykazywania, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, jego oferta została bezpodstawnie odrzucona, a byłaby ona najkorzystniejsza według wyznaczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów, co prowadziło do poniesienia szkody przez odwołującego - wskutek utraty szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania należało mieć na uwadze zarówno uregulowania prawne odnoszące się do sposobu przedstawienia oferty, jak i warunki szczegółowe, które określił zamawiający w postanowieniach ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podanych do wiadomości i stosowania przez wszystkich wykonawców, przytaczane w ustalonym materiale dowodowym sprawy.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 27 sierpnia 2016 r., w związku z tym do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która

weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

W zakresie przygotowania postępowania ustawa Prawo zamówień publicznych w aktualnym brzmieniu zawiera, między innymi następujące regulacje.

Art. 30 ust. 1. Ustawy Pzp stanowi, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w jeden z następujących sposobów, z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych:

- 1) przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem, że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia,
- 2) przez odniesienie się w kolejności preferencji do odnośnych norm. (...)

Ust. 9. W przypadku zamówień na dostawy (...) zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy produktu, w szczególności:

2) może wymagać:

a) posiadania przez dostawę (...) cech o których mowa w ust. 8 pkt 2

lit. a - określonych poziomów oddziaływania na środowisko i klimat,

lit. b - certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności,

lit. d - określonej terminologii, symboli, testów i metod testowania,

lit. e - określonego opakowania i oznakowania,

lit. f - instrukcji użytkowania,

b) określonych poziomów jakości,

c) określonej wydajności, przeznaczenia produktu, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym wymagań odnoszących się do produktu w zakresie nazwy pod jaką produkt jest sprzedawany,

d) procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia dostawy (...)

Z kolei przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

2) spełnianie przez oferowane dostawy (...) wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...).

Przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp postanawia, że zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 8 ust. 11, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art.

25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym na udokumentowanie przez oferowane dostawy wymagań przedmiotowych.

W zgodności z cytowanymi wyżej przepisami ustawy Pzp zamawiający żądał aby wykonawcy w swoich ofertach według Załącznika nr 5 do umowy - Specyfikacja Cenowa Przedmiotu Umowy wyszczególnili elementy Przedmiotu Umowy z podaniem ich nazw i modelu oraz liczby i cen jednostkowych. Dla każdej pozycji dopisywanej przez Wykonawcę, wykonawca zobowiązany był wpisać markę i model oferowanego produktu.

Ad zarzut I - naruszenia przez zamawiającego art. 89 Pzp poprzez błędne zastosowanie i powołanie się na art. 89 ust. 2 ustawy Pzp.

Jakkolwiek zamawiający w powiadomieniu z dnia 20 października 2016 r. o wyniku przetargu rzeczywiście błędnie powołał się na przepis art. 89 ust. 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego pomimo, iż przepis ten został uchylony, to sam ten fakt wskazywał na okoliczność omyłki pisarskiej, którą zamawiający sprostował pismem z dnia 3 listopada 2016 r. doręczonym odwołującemu.

Nie można było jednak pominąć, iż zamawiający przytoczył w powiadomieniu prawidłową dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, że odrzucił ofertę odwołującego: „*gdyż oferta ta nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*”

Trafnie więc odwołujący Krypton Polska Sp. z o.o. przyjął w oparciu o całe uzasadnienie kwestionowanej czynności, iż zamawiającemu chodziło o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który nakazuje odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem w odwołaniu skoncentrował się na wskazanej powyżej podstawie odrzucenia jego oferty. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, pozostawało bez wpływu na wynik postępowania i zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Ad zarzut II - naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez brak przedstawienia pełnego (wyczerpującego) uzasadnienia faktycznego powodu odrzucenia oferty odwołującego.

Wprawdzie uzasadnienie faktyczne w zawiadomieniu z dnia 20 października 2016 r. o odrzuceniu oferty odwołującego, że „*Zgodnie z zapisem Rozdziału XIII SIWZ, ust. 3 pkt 6 - oferta musi zawierać opis przedmiotu zamówienia, zawierający informacje wymagane w kolumnach 2 i 3 tabeli zawartej w Załączniku nr 5 do Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik B do SIWZ. Wykonawca zobowiązany był wyszczególnić w swojej ofercie jakie elementy oferuje Zamawiającemu, podać markę i model każdego urządzenia i oprogramowania. Oferta Wykonawcy nie zawiera tych danych*” - jest dosyć zwięzłe, to jednak w ocenie Izby pozwalało odwołującemu w dostatecznym zakresie poznać przyczyny odrzucenia jego oferty i w sposób,

jaki uznał za stosowny, polemizować z decyzją zamawiającego w złożonym odwołaniu.

Zamawiający odesłał do wymagań Rozdziału XIII SIWZ, ust. 3 pkt 6 - oferta musi obejmować opis przedmiotu zamówienia, zawierający informacje wymagane w kolumnach 2 i 3 tabeli zawartej w Załączniku nr 5 do Wzoru umowy, i w ich kontekście sformułował zarzut faktyczny, że odwołujący jako wykonawca zobowiązany był wyszczególnić w swojej ofercie jakie elementy oferuje zamawiającemu, podać markę i model każdego urządzenia i oprogramowania, a oferta Krypton Polska Sp. z o.o. nie zawiera tych danych. Dokonane przez Izbę porównanie tabeli załączonej do oferty odwołującego z obowiązującym formularzem załącznika nr 5, w wystarczającym stopniu obrazuje braki w ofercie odwołującego i przeczy twierdzeniom odwołującego, że podał wszystkie wymagane dane w Specyfikacji Cenowej przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, nawet gdyby wystąpił, lub też został przez zamawiającego zauważony chociażby jeden brak, tego rodzaju jak w odniesieniu do oferowanych komputerów PC, przez nie oznaczenie marki i modelu każdego z tych urządzeń i ich oprogramowania - tak samo skutkowałby odrzuceniem danej oferty, czego odwołujący winien mieć świadomość. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Ad zarzut III - naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Rozdział XIII, ust. 3, pkt 6 SIWZ, na który powołał się zamawiający w treści powiadomienia o odrzuceniu oferty stanowi, że oferta musi zawierać: „[...] opis przedmiotu zamówienia zawierający informacje wymagane w kol. 2 i 3 tabeli zawartej w Załączniku nr 5 do Wzoru Umowy [...]”. W powyższych kolumnach wskazano odpowiednio:

- 1) dla kolumny 2 „Wyszczególnienie elementów Przedmiotu Umowy z podaniem ich nazw i modelu”,
- 2) dla kolumny 3 - liczba.

Wątpliwości odwołującego w odniesieniu do tego, czy taki skonkretyzowany opis elementów przedmiotu dostawy przy specyfice przedmiotowego zamówienia był w ogóle możliwy, należało podnosić we właściwym czasie w odwołaniu wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której postanowienia na etapie wyboru oferty mają charakter wiążący zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego, który nie może odstępować od wymagań, które ustanowił, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i przeczyło regułom transparentności procedur o udzielenie zamówienia publicznego.

Twierdzenia odwołującego, że zamieścił w ofercie wszelkie wymagane informacje, tj.:

1. Elementy wchodzące w skład systemu (Etap I, punkty od 1 do 9 oraz Etap II, punkty od 1 do 12 Opisu Przedmiotu Zamówienia zawierające wszystkie wymagane przez zamawiającego

pozycje niezbędne do budowy skonsolidowanego systemu dostępu do niejawnych zasobów KCIK),

2. Określenie każdego elementu poprzez podanie jego nazwy lub marki oraz modelu

- nie znalazły oparcia w treści oferty odwołującego, a jego zastrzeżenie, że „o ile było to możliwe” - należało uznać za bezskuteczne, z uwagi na wiążący charakter SIWZ.

Treść oferty przystępującego Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. w zakresie sporządzenia załącznika 5 do wzoru umowy (objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) - dostatecznie dowodzi, że możliwe było sporządzenie oferty w sposób w pełni zgodny z wymaganiami zamawiającego.

Ponadto, działania zamawiającego znajdują umocowanie w art. 30 ust. 9 pkt 2c) ustawy Pzp, stanowiącego, że zamawiający może stawiać wymagania odnoszące się do produktu w zakresie nazwy pod jaką produkt jest sprzedawany. W ocenie Izby treść oferty winna obligatoryjnie podawać zaoferowany przedmiot w sposób tak skonkretyzowany, aby był możliwy do identyfikacji w trakcie badania złożonych ofert.

Odwołujący składając ofertę w odniesieniu do jej istotnej treści winien dostosować się w całości do wymagań SIWZ, a nie tylko w zakresie w jakim uznawał to „za możliwe”. Zupełnie chybione były zarzuty odwołującego, że zamawiający bezzasadnie oparł się na nieistotnych kwestiach formalnych, nie mających znaczenia dla oceny zgodności jego oferty z SIWZ i możliwości odrzucenia tej oferty.

Należało zważyć, że zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi wymaganiami precyzującymi zakres świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego. Treść oferty stanowi bowiem jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, (w tym przypadku dostawy), która zostanie zrealizowana na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Wobec tego porównanie zaoferowanego i skonkretyzowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, jego wyznaczonych cech technicznych - przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna.

Zamawiający wymagał złożenia wypełnionego Formularza asortymentowo -cenowego zgodnie z podanym wzorem Załącznika nr 5 do umowy (stanowiącej załącznik B do SIWZ). W kolumnie nr 2 wykonawca powinien wyszczególnić oferowane elementy Przedmiotu Umowy z podaniem ich nazw i modelu, tj. zaoferować konkretny produkt w każdej pozycji przez jego dokładne oznaczenie - w sposób umożliwiający jego jednoznaczną identyfikację.

Odwołujący bezspornie w poz. 3 i 4 w Specyfikacji cenowej przedmiotu umowy zaoferował dostawę komputerów PC - Stacja Robocza i dostawę zestawów komputerowych PC - Stacja Robocza, monitor, klawiatura, mysz wraz oprogramowaniem, gdzie nie podał dokładnych oznaczeń nazwy: marki modelu, wersji, która pozwoliłaby zamawiającemu zidentyfikować oferowane przez odwołującego produkty i chociażby sprawdzić, czy w danej konfiguracji sprzęt ten osiąga deklarowane w ofercie wyniki testów i spełnia warunki szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Wskazanie zaoferowanego produktu stanowi samo sedno treści oferty i powinno mieć charakter stanowczy, kategoriyczny - przyjęcia zobowiązania przez wykonawcę dostarczenia zamawiającemu takiego, a nie innego wyrobu, oznaczonego w sposób sprecyzowany w ofercie i pozwalający na jednoznaczną jego identyfikację.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazujący odrzucenie oferty ze względu na okoliczność, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ - koresponduje bezpośrednio z art. 82 ust. 3 ustawy, który stanowi, że: „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „oferta”, wobec czego na podstawie art. 14 ustawy Pzp, należy odwołać się do Kodeksu cywilnego. Pojęcie oferty zostało zdefiniowane w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego jako: „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, które stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.” Oferta jako jeden z rodzajów oświadczenia woli prowadzących do zawarcia umowy powinna zawierać więc istotne postanowienia umowy, co zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 570/09; KIO/UZP 571/09 oznacza, że: *„Treść oferty na gruncie p.z.p. należy rozumieć w sposób ścisły, i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zobowiązanie wykonawcy względem Zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy.”* W powyższej kwestii wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 721/09), w którego uzasadnieniu wskazano, że: *„O zakresie zobowiązania wyrażonego w ofercie wykonawcy w pierwszej kolejności przesądza jego treść, której materialnym substratem jest pismo wykonawcy, przedstawiające np. w formie formularza ofertowego cenę, sposób wykonania czy inne warunki zobowiązania, które wykonawca podejmuje.”* Odnosząc powyższe do regulacji określonych w Prawie zamówień publicznych, istotne postanowienia (essentialia negotii) przyszłej umowy są określane przez wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę zarówno treść zobowiązania wykonawcy: Krypton Polska Sp. z o.o., zawartego w formularzu Specyfikacji Cenowej przedmiotu umowy oferta, w tym na przedmiot zamówienia w odniesieniu do dostawy komputerów PC- stacji roboczych nie została złożona w sposób umożliwiający identyfikację wyrobu, gdyż odnosi się jedynie do asortymentu, (całej

gamy tego typu wyrobów występujących na rynku), co w ocenie Izby nawet uniemożliwia sprawdzenie zgodności tej oferty z treścią SIWZ. W związku z powyższym, nieuwzględnienie wymaganego przez zamawiającego stopnia szczegółowości oferowanych komputerów PC - stacji roboczych, tj. bez jednoznacznego oznaczenia zaoferowanego produktu w sposób umożliwiający jego identyfikację, stanowi niezgodność z SIWZ i jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty. Oferta taka jest bowiem niedookreślona i nie daje zamawiającemu pewności, jaki produkt otrzyma na etapie realizacji zamówienia. Niesprecyzowanie przedmiotu oferowanego świadczenia przesądza o wadliwości oferty i stanowi zasadniczą podstawę do jej odrzucenia, jako niezgodnej z treścią SIWZ - nawet bez potrzeby dalszych dociekań, czy ewentualnie taką ofertę można uznać, czy też nie za niezgodną z innymi wymaganiami zamawiającego, w tym wymaganiami natury technicznej. Skoro nie podano skonkretyzowanych nazw sprzętu i oprogramowania, zamawiający został pozbawiony instrumentu oceny treści oferty, spełnienia przez nią istotnych wymagań technicznych, warunkujących prawidłowe użytkowanie przedmiotu dostawy, jako objętego akredytacją odpowiednich służb. Zamawiający nie mógłby też skorzystać z pomocy biegłego w trybie art. 21 ust. 4 ustawy Pzp, w celu oceny zgodności oferty odwołującego ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w załączniku nr 1 do wzoru umowy, skoro tej ocenie musiałby być poddany „nie wiadomo jaki sprzęt”.

Na podstawie tak niesprecyzowanej oferty, jaką stanowiła oferta odwołującego - możliwe jest dostarczenie różnych produktów, których wybór zostanie dokonany przez wykonawcę dopiero przy realizacji dostaw i z reguły sprowadza się do dostarczenia wyrobu, który dla wykonawcy jest tańszy. *„Należy przy tym stwierdzić, że nawet jeśli wszystkie produkty danego rodzaju i danego producenta, odpowiadające opisowi przedstawionemu w ofercie, spełniają wymagania minimalne określone w SIWZ, to i tak ofertę należy uznać za niedookreśloną i nieodpowiadającą treści SIWZ. Zamawiający bowiem ma prawo na podstawie treści oferty powziąć informacje, jaki konkretny produkt otrzyma w wykonaniu umowy”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 1330/14).

Zamawiający, jako prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek przestrzegać warunków zapewnienia równego traktowania wykonawców oraz uczciwej między nimi konkurencji ujętych jako wiodące zasady w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami, a działania zamawiającego będą zgodne z SIWZ i przewidywalne.

Zdaniem Izby wymagania zamawiającego co do podania zindywidualizowanych oznaczeń oferowanych wyrobów i oprogramowania były jednoznaczne.

Twierdzenia odwołującego, że owa Specyfikacja Cenowa przedmiotu zamówienia (zał. nr 5) stanowiła jedynie dokument na potwierdzenie treści oferty, a nie samą treść oferty, Izba uznała za z gruntu chybione, gdyż w żadnym innym dokumencie, który byłby wymieniony w SIWZ - oferowany przedmiot dostawy nie został przez odwołującego wyspecyfikowany i opisany. Wzór załącznika nr 5 był obligatoryjny, jak i sposób jego wypełnienia i obejmował wymagania merytoryczne podniesione do rangi istotnych postanowień oferty, a zatem przyszłej umowy, w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp - oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.

Odwołujący pominął, że zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 8 ust. 11, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym na udokumentowanie przez oferowane dostawy wymagań przedmiotowych. Tym większego znaczenia nabiera więc dokładne sprecyzowanie w ofertach wykonawców oferowanych produktów i składanych w tym zakresie oświadczeń, a zamawiający nie został zwolniony od przeprowadzenia oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, jego wyznaczonymi cechami i właściwościami, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna w zakresie aspektów merytorycznych.

W niniejszym stanie faktycznym sprawy, aby stwierdzić czy treść oferty odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwłaszcza w zakresie komputerów PC - stacji roboczych, zestawów i oprogramowania, należałoby w pierwszej kolejności ustalić - jakie wyroby zostały zamawiającemu zaoferowane, co nie jest możliwe w drodze złożenia wyjaśnień przez wykonawcę. Przykładowo - oznaczenie „Stacja Robocza” nie stanowi doprecyzowania, ani nie umożliwia identyfikacji urządzenia; „ESET” nie określa oprogramowania, a wyłącznie uproszczoną nazwę producenta, oferującego różne produkty. Podanie wyłącznie informacji „ESET” nie pozwala zorientować się, co do faktycznej treści oferty. Tego rodzaju braki w ofercie odwołującego mają charakter rozległy, dokładnie ustalony w materiale dowodowym sprawy. Do odrzucenia oferty z omawianej przyczyny, jak Izba wskazywała wyżej, wystarczające byłoby niesprecyzowanie nawet jednego oznaczenia oferowanego sprzętu, przez brak jego nazwy, marki i modelu, w takim stopniu, który

umożliwiłaby identyfikację.

Brak dokładnego oznaczenia wyrobu w ofercie wykonawcy ma charakter nieusuwalny i stanowi samoistną podstawę do odrzucenia oferty z danej przyczyny. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia, gdyż przepis ten wprost obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ad zarzut IV - naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, wyjaśnienie treści oferty odwołującego nie jest dopuszczalne postanowieniami art. 87 ust. 1 Pzp, stanowiącymi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień treści złożonych ofert, gdyż w sposób nie budzący wątpliwości musiałoby się wiązać ze zmianą istotnej treści omawianej oferty, poprzez sprecyzowanie po terminie składania ofert, jakie w istocie wyroby z danej gamy produktów rynkowych komputerów PC - stacji roboczych i zestawów oraz oprogramowania i innego sprzętu, odwołujący ma zamiar zaoferować i dostarczyć zamawiającemu w trakcie realizacji umowy. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w dalszej kolejności nie dopuszcza prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz poza prostowaniem omyłek, dokonywania jakichkolwiek zmian w jej treści.

Załącznik nr 1 do umowy - Opis Przedmiotu Umowy - zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, jeżeli odwołujący nie oznaczył nazwy, modelu oferowanego produktu, jego twierdzenia, że zaoferowany „jakiś komputer PC” spełnia wymagane parametry są gołosłowne i nieweryfikowane.

W ustalonych okolicznościach zamawiający nie miał obowiązku wzywania odwołującego do składania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż stwierdzona niezgodność miała charakter zasadniczy i nie mogła zostać usunięta w drodze wyjaśnień - prowadzących do zmiany treści oferty w zakresie odstępstwa od wyznaczonego sposobu oznaczenia przedmiotu oferty. Tym samym, ocena była możliwa jedynie w odniesieniu do produktów pierwotnie zaoferowanych w ofercie. W przeciwnym bowiem razie wykonawca miałby swobodę dowolnego doboru sprzętu i oprogramowania - po upływie terminu składania ofert, co godziłoby w zasadę niezmienności oferty, a także stanowiło obejście zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp. Dopuszczenie do sformułowania, bądź skonkretyzowania przez wykonawcę treści oferty po upływie terminu składania ofert byłoby ponadto sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1543/14) potwierdza, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą prowadzić do negocjacji między

zamawiającym a wykonawcą oraz prowadzić do zmiany treści złożonej oferty - zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do rzeczywistej treści oferty, zaś rezultat ma wyjaśniać, a nie zmieniać treść oferty. Powyższe wynika również z wyroku KIO z 25 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1474/14: " Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może bowiem stanowić zmiany oferty, winno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też w wyniku uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy nastąpi zmiana treści oferty."

Zgodnie z postanowieniami SIWZ dane zawarte w formularzu ofertowym wykonawcy w odniesieniu do nazwy sprzętu, typu, modelu ewentualnie z dookreśleniem producenta, czy wersji są wiążące i stanowią istotną treść oferty.

Odwołujący w treści odwołania utrzymywał, że treść jego oferty odpowiada treści SIWZ. Zupełnie niekonsekwentna była zatem argumentacja odwołującego, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty, i w konsekwencji zaniechał poprawienia „innej omyłki” w rozumieniu przywołanego powyżej przepisu.

Z niczego nie można było wywieść, że ujawnione braki były wynikiem omyłki, która mogłaby być samodzielnie poprawiona przez zamawiającego, w myśl wymagań art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego w ramach obowiązujących zasad procedury prostowania omyłki - zamawiający winien samodzielnie uzupełnić ofertę odwołującego o dowolnie przyjęte modele komputerów, innego sprzętu i oprogramowania, nawet pozostające bez związku z zaferowaną ceną oferty odwołującego.

Stanowisko takie, przy obronie wszelkimi metodami zasadniczo wadliwej oferty, wykazuje przy tym brak elementarnej logiki.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Ad zarzut V - naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie ma znaczenia, że do czasu otrzymania pisma z dnia 20 października 2016 r. zamawiający nie kwestionował oferty odwołującego, ani nie wzywał odwołującego do wyjaśnień w zakresie opisu elementów tej oferty. Procedura żądania wyjaśnień nie ma charakteru obligatoryjnego, ani symetrycznego wobec wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu. Zamawiający ją stosuje w sytuacji, gdy któraś z ofert wymaga wyjaśnienia i jest to dopuszczalne w oparciu o przesłanki ustawowe, zwłaszcza określone w art. 87 ust. 1 ustawy

Pzp. Zamawiający zwracał się do przystępującego Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. w dniu 6 października 2016 r. o wyjaśnienie treści oferty w zakresie możliwości eksploatacji oferowanych urządzeń w wymaganych lokalizacjach. W dniu 10 października 2016 r. wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. udzielił żądanych wyjaśnień, które w żadnym stopniu nie zmieniały treści złożonej oferty, ograniczając się do potwierdzenia okoliczności pierwotnie w niej wskazanych. Oferta odwołującego nie podlegała wyjaśnieniom, w odniesieniu do uzupełnienia nazw oferowanych produktów, gdyż w sposób oczywisty prowadziłoby to do zmiany jej treści.

Izba nie stwierdziła, aby zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców, jak również uchybił zasadzie zapewnienia uczciwej konkurencji między wykonawcami, przez sam fakt odtajnienia w ofercie odwołującego informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, czego nie uczynił wobec oferty przystępującego. Zamawiający badał bowiem, czy czyniący zastrzeżenie wykonawca wykazał spełnienie warunków art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i dostatecznie oraz przekonująco uzasadnił w ofercie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa według przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. poz. 1503 ze zm.), to jest, że informacje:

- 1) mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności;
- 2) nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a także
- 3) podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zamawiający uznał, że odwołujący - w przeciwieństwie do przystępującego Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., na własnej stronie internetowej ujawnił aspekty techniczne zestawienia sprzętu na budowę skonsolidowanego systemu dostępu do niejawnych zasobów - do tego w sposób bardziej szczegółowy niż podał to w ofercie złożonej zamawiającemu - i z tego względu odtajnił ofertę odwołującego. Odwołujący nie zaprzeczał, że sytuacja taka miała miejsce, iż na stronie internetowej w sposób otwarty oferuje takie dostawy i produkty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującego równe traktowanie wykonawców z przyczyn wskazywanych przez odwołującego - nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Ad zarzut VI naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący z tzw. ostrożności procesowej zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do

uzupełnienia dokumentu nazwanego przez zamawiającego Opiszem Przedmiotu Zamówienia, który stanowi dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego.

Zarzut ten Izba uznała za całkowicie bezpodstawny. Opis przedmiotu zamówienia, czy też nazwany Specyfikacją Cenową przedmiotu umowy, obejmował samą treść oferty i nie mógł podlegać żadnym uzupełnieniom, gdyż prowadziłby to wprost do naruszenia dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, naruszenia zasady niezmienności treści oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia.

Odwołujący nie zauważył zmiany dyspozycji przepisu art. 26 ust 3 Pzp, że dokumenty na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego mają być składne jedynie przez wykonawcę wybranego do realizacji zamówienia, a nie zamieszczane w zbiorze oferty. Takie też postanowienia zawarł zamawiający w SIWZ, pisząc w § 3 Wzoru umowy - Sposób realizacji Przedmiotu Umowy ust 10 i 11, że wraz z urządzeniami wykonawca dostarczy zamawiającemu dokumentację techniczną, instrukcje obsługi, wymagane certyfikaty oraz karty gwarancyjne w języku polskim; oprogramowanie będzie dostarczone wraz z dokumentacją (w tym z dokumentami potwierdzającymi licencje). Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Ad zarzut VII naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp

Wskazanie w rozdziale I, pkt 1 ust. 1 SIWZ Opisu Przedmiotu Zamówienia określonego typu urządzenia, nie jest równoznaczne podaniem nazwy konkretnego urządzenia, jego modelu, który oferuje wykonawca w ofercie. Ponadto przedmiot zamówienia obejmuje „budowę skonsolidowanego systemu dostępu do niejawnych zasobów Krajowego Centrum Informacji Kryminalnych (KCIK), a więc nie jest jedynie prostą specyfikacją sprzętu wyszczególnionego przez zamawiającego. Skoro przystępujący Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. wykazał, że zestawienie wszystkich dokładnie nazwanych i oznaczonych komponentów sprzętowych i programowania systemu, stanowi jego autorskie rozwiązanie techniczne, posiadające wartość majątkową i zostało objęte polityką ochrony przed ujawnieniem osobom trzecim, zamawiający zasadnie zachował te dane w poufności i ich nie odtajnił, gdyż noszą one znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa według przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. poz. 1503 ze zm.), tj. mają charakter techniczny, technologiczny, przedsiębiorstwa, posiadający wartość gospodarczą, co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a więc kwalifikują się do ograniczenia dostępu do treści oferty, według wyjątku od zasady jawności ustanowionego w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Roszczenia co do

bezpodstawnego odtajnienia własnej oferty, odwołujący może dochodzić w trybie art. 18 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. poz. 1503 ze zm.). Raz odtajniona informacja nie mogłaby się kwalifikować do nakazania czynności jej ponownego utajnienia. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp był bezpodstawny.

Ad zarzut VIII naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.

Brak odtajnienia oferty wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. nie zwalniał odwołującego od sprecyzowania stawianych zarzutów wobec oferty konkurenta, nawet jeżeli odwołujący posłużył się argumentacją opartą na wnioskach wynikających z lektury korespondencji pomiędzy zamawiającym i Spółką Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. Twierdzenia odwołującego sprowadzały się do tego, iż wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. zamierza dostarczyć dwa rodzaje urządzeń szyfrujących. Tymczasem, wymaganiem zamawiającego jest: *„wszystkie urządzenia szyfrujące muszą zapewnić połączenie z Policyjną siecią Transmisji Danych Niejawnych (PSTDN)”*, a jednocześnie, jak w SIWZ pisze sam zamawiający, tylko dwa modele urządzeń są zgodne z tym wymaganiem (Krypton K2/Lite i ETA VPN100P). Tym samym, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. nie może zaoferować innego urządzenia niż ETA VPN100P, gdyż żadne inne produkowane przez nią urządzenie nie spełnia wszystkich wymagań stawianych przez zamawiającego w SIWZ rozdział I pt.: Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 1 ust. 1 oraz Załączniku nr 1 do Wzoru Umowy stanowiącego załącznik B do SIWZ - Opis Przedmiotu Umowy pkt 2.1. oraz SIWZ. Przytaczane uzasadnienie odwołania pozostaje niezrozumiałe, zarzuty nie zostały sprecyzowane w odwołaniu, aby mogły być poddane rozstrzygnięciu Izby. Izba według dyspozycji art. 192 ust 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z tych też względów wszelkie próby dookreślenia zarzutów wobec oferty konkurenta, która była mniej korzystna od oferty odwołującego według kryteriów SIWZ - dokonywane dopiero na etapie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą - nie mogły odnieść zamierzonego przez odwołującego skutku.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., jako niesprecyzowany, nie oparty na wykazaniu interesu do wniesienia odwołania, w myśl przesłanek art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, i bez wykazania możliwości poniesienia szkody - nie podlegał uwzględnieniu. Do uzyskania zamówienia wystarczyło odwołującemu, gdyby udowodnił, iż jego oferta nie podlegała odrzuceniu, i jako najkorzystniejsza według kryteriów kwalifikowała się do wyboru. Oferta przystępującego w takiej sytuacji zajęłaby drugą pozycję.

W tym względzie Izba podzieliła poglądy przytaczane przez przystępującego, że: *„Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższego zarzutu, w okolicznościach niniejszej sprawy, oferta Odwołującego jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia realizuje się poprzez posiadanie bądź utrzymanie statusu wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do oferty wykonawcy, który złożył ofertę niżej ocenioną (...), nie rzutują na sytuację Odwołującego w sposób, który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody - wykluczenie bądź pozostawienie w postępowaniu innego wykonawcy, którego oferta okazała się droższa od oferty Odwołującego pozostaje dla niego indyferentne. O ile zdoła wykazać niezasadność własnego wykluczenia, [odrzucenia oferty] okoliczność czy wykonawca droższy, pierwotnie wybrany przez Zamawiającego, pozostanie w postępowaniu, nie wpływa na możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Natomiast w razie nieuwzględnienia zarzutów wobec Odwołującego i potwierdzenia prawidłowości czynności Zamawiającego, okoliczność czy dotychczasowy wykonawca wybrany - droższy - utrzyma swój status, również pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Także okoliczność, iż wybór takiego wykonawcy, w sytuacji gdy podlega on również wykluczeniu, skutkuje wadą postępowania, nie przesądza o istnieniu po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia, W świetle brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w tym przepisie, nie sposób upatrywać jedynie w czuwaniu nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status Odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego zamówienia.”*

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zasadności stawianych zamawiającemu zarzutów naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W oparciu o § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Przewodniczący: