

**WYROK**

**z dnia 31 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2013 r.

przez wykonawcę: **„TRADEX SYSTEMS” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców:

**A. „ANDRA” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

**B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Comp S.A. z siedzibą w Warszawie**

– zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

oraz przy udziale wykonawcy:

**C. Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie**

– zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie następujących czynności:**
  - oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu – z uwzględnieniem dokonania wezwania Comarch Polska S.A. do uzupełnienia załączonego do oferty *Zobowiązania do udostępnienia niezbędnych zasobów do*

*realizacji zamówienia Nr 2012/S 210-345603 w zakresie sprecyzowania na czym będzie polegać współpraca deklarowana przez Comarch S.A.;*

– badania i oceny ofert – z uwzględnieniem dokonania odrzucenia oferty złożonej przez Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie oraz stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę Comarch Polska S.A. pełnej specyfikacji technicznej oferowanego rozwiązania wraz z oświadczeniem producenta, że oferowana konfiguracja spełnia wymagania wydajnościowe.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Skarb Państwa – Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: „TRADEX SYSTEMS” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Skarbu Państwa – Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego: „TRADEX SYSTEMS” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn *Dostawa sprzętu na potrzeby ośrodka przetwarzania ePUAP* (oznaczenie sprawy 27/PN/12).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S\_210-345603 z 31 października 2012 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej ([www.cpi.gov.pl](http://www.cpi.gov.pl)), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.294.700,00 zł, co stanowi równowartość 322.096,73 euro.

7 stycznia 2013 r. Zamawiający przesłał wykonawcom drogą elektroniczną zawiadomienie z 4 stycznia 2013 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (zwanej dalej również w skrócie „Comarch Polska”). Zamawiający podał również ranking ofert nieodrzuconych, z którego wynika, że na kolejnych miejscach według kryteriów oceny ofert zostały sklasyfikowane oferty następujących wykonawców: 2. – „ANDRA” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanej również w skrócie „ANDRA”), 3. – Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie (dalej zwanej również w skrócie „Unizeto Technologies”), 4. „TRADEX SYSTEMS” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 5. – konsorcjum wykonawców w składzie: Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Comp S.A. z siedzibą w Warszawie.

17 stycznia 2013 r. (pismem z 16 stycznia 2013 r.) Odwołujący – „TRADEX SYSTEMS” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwana również w skrócie „TRADEX SYSTEMS”) – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających następujące przepisy ustawy pzp:

1. Art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 – przez nieudostępnienie oferty Comarch Polska w zakresie pełnej specyfikacji oferowanego rozwiązania wraz z oświadczeniem producenta, pomimo że takie informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, a z ostrożności procesowej naruszenie art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wykluczenia lub przynajmniej, przy zachowaniu ostrożności procesowej, wezwania Comarch Polska do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
3. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty ANDRA, pomimo że oferta nie zawiera wymaganej *Pełnej specyfikacji oferowanego rozwiązania*.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 – przez wezwanie Unizeto Technologies do uzupełnienia dokumentów stanowiących merytoryczną treść oferty i zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Udostępnienia części oferty Comarch Polska zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.
2. Dokonania powtórnej czynności oceny ofert: Comarch Polska ANDRA i Unizeto Technologies, i ich odrzucenia.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

#### I. zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 pzp w odniesieniu do oferty Comarch Polska

Odwołujący podał następujący stan faktyczny. Zgodnie z treścią złożonej oferty Comarch Polska zastrzegł jako tajemnicę strony oferty od 26 do 39, tj. wykaz dostaw wraz z referencjami oraz pełną specyfikację oferowanego rozwiązania wraz z oświadczeniem producenta, że oferowana konfiguracja spełnia wymagania wydajnościowe. Zamawiający w toku czynności badania ofert uznał za nieuzasadnione zastrzeżenie oferty w części zawierającej wykaz dostaw wraz z referencjami i wystąpił z wnioskiem do Wykonawcy o wyrażenie zgodny na odtajnienie tych informacji. Zamawiający zaniechał dokonania badania zasadności zastrzeżenia oferty Wykonawcy w pozostałym zakresie. Dopiero 10 stycznia 2013 r., na skutek pisma Wykonawcy ANDRA z 9 stycznia 2013 r., Zamawiający wystąpił do Comarch Polska z wnioskiem o odniesienie się do przedstawionej w tym piśmie argumentacji. Odwołujący 14 stycznia 2013 r. złożył własny wniosek o udostępnienie zastrzeżonych informacji, z uwagi na fakt, że również w jego przekonaniu nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający pismem z 15 stycznia 2013 r. poinformował Odwołującego, że dokonane w ofercie Comarch Polska zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie budzi wątpliwości, oraz o tym, że nie przewiduje dalszych czynności w tym zakresie.

Odwołujący w tym stanie faktycznym podniósł, że naczelną zasadą prowadzenia postępowania przetargowego jest jego jawność, a ograniczenie jawności może być dokonane tylko w wyjątkowych przypadkach. Zamawiający, zgodnie z obowiązującymi w tym

zakresie przepisami prawa oraz aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, każdorazowo zobowiązany jest do przeprowadzenia szczegółowego i rzetelnego badania, czy zachodzą przesłanki uprawniające do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym – według Odwołującego – właściwą czynnością Zamawiającego w tym względzie jest wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień wraz z przedstawieniem dowodów, potwierdzających zasadność zastrzeżenia w ofercie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk) definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje (...) organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności*. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00, opubl. OSNC 2001/4/59): *informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym*. Są to na przykład listy kontrahentów, kontakty handlowe, polityka reklamowa, korespondencja handlowa. W ocenie Odwołującego zastrzeżona w ofercie Comarch Polska S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa specyfikacja techniczna oferowanego rozwiązania i oświadczenie producenta, nie mieszczą się w definicji określonej w art. 11 ust. 4 uznk, a równocześnie nie spełniają łącznie trzech warunków, wymaganych dla uznania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł, że Zamawiający zobowiązany był do zbadania, czy informacje te: po pierwsze – nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej; po drugie – posiadają wartość gospodarczą; po trzecie – podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący nadmienił, że dane i ich zakres składające się na pełną specyfikację oferowanego rozwiązania są informacjami ogólnie dostępnymi i powszechnie publikowanymi, w szczególności w specyfikacjach produktów i ulotkach produktowych poszczególnych wytwórców, w tym na ogólnodostępnych stronach internetowych. Tym samym – według Odwołującego – zgodnie z przepisami prawa i ugruntowanym orzecznictwem Izby i sądów powszechnych w tym zakresie, dostępne publicznie informacje nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego Wykonawca Comarch Polska, mając świadomość, że zaoferowane przez niego rozwiązanie nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ, zastrzegł informacje pozwalające na weryfikację zadeklarowanych parametrów oferowanego sprzętu przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, wykluczając w ten sposób możliwość odrzucenia takiej oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

II. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, a z ostrożności procesowej naruszenia art. 26 ust. 3 pzp w odniesieniu do oferty Comarch Polska

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 6.1. SIWZ (str. 2) warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie się niezbędną wiedzą i doświadczeniem, tj. należyтым wykonaniem w okresie trzech lat dostaw sprzętu teleinformatycznego o wartości łącznej co najmniej 1.000.000,00 PLN brutto. Jednocześnie Zamawiający w pkt 7.3 SIWZ (str. 3) wskazał, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów. Ponieważ Comarch Polska S.A. nie posiada wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego – na str. 8. oferty przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Jednakże – w ocenie Odwołującego – treść tego zobowiązania jest wadliwa w świetle art. 26 ust. 2b pzp oraz ugruntowanego orzecznictwa Izby, w szczególności brak jest określenia jakie prace będą wykonywane przez podmiot trzeci, jaki jest zakres zobowiązania podmiotu trzeciego oraz w jaki sposób będzie ono wykonane.

Według Odwołującego *Zamawiający nie uzyskuje żadnego zobowiązania podmiotu trzeciego w obszarze sposobu posługiwania się przez Wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego*. Uznanie takich dokumentów może doprowadzić do realizacji zamówienia przez podmiot nieposiadający kwalifikacji do realizacji zamówienia. Przyjęcie odmiennej praktyki, zgodnie z którą Wykonawca odwoływałby się do doświadczenia podmiotu trzeciego tylko dla celów tego postępowania, a w rzeczywistości zamierzał samodzielnie wykonywać zamówienie – powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu byłoby bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla Zamawiającego, a w konsekwencji realizację zamówienia powierzałoby się podmiotom niemającym do tego odpowiedniego doświadczenia i kwalifikacji. Gdyby zamówienie miał realizować podmiot, który pomimo postawionego na etapie postępowania warunku posiadania doświadczenia, takie doświadczenie będzie na niniejszym zamówieniu dopiero zdobywał, nie tylko byłoby to naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale także obejściem przepisów i zastosowanego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu wymogu posiadania doświadczenia. W sytuacji, gdy Wykonawca nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem podmiotu trzeciego, to podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp.

Odwołujący nadmienił również, że Wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania dla podmiotu trzeciego, a Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 pzp uzupełnienia brakujących dokumentów.

III. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp w odniesieniu do oferty ANDRA

Odwołujący podał, że zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ, pkt WDS.16, Zamawiający wymagał, aby na treść oferty wykonawcy składała się pełna specyfikacja oferowanego rozwiązania wraz z oświadczeniem producenta, że oferowana konfiguracja spełnia określone wymagania wydajnościowe. Zdaniem Odwołującego oferta Wykonawcy ANDRA nie zawiera wymaganej pełnej specyfikacji oferowanego rozwiązania – z następujących powodów. Po pierwsze – do oferty zostało dołączone jedynie oświadczenie wystawione przez firmę Hewlett-Packard (HP), że oferowana przez HP (a nie Wykonawcę) konfiguracja spełnia wymaganie wydajnościowe określone przez Zamawiającego. Po drugie – w oświadczeniu tym zostały wyspecyfikowane jedynie główne podzespoły macierzy dyskowej. Odwołujący podkreślił, że oferta ANDRA nie zawiera żadnych informacji o rozwiązaniu, jakie zostało zaoferowane przez tego Wykonawcę, jak również brak jest pełnej specyfikacji oferowanego rozwiązania. Zdaniem Odwołującego pełna specyfikacja oferowanego rozwiązania to informacja określająca wprost przedmiot oferty i składająca się na jej treść. Natomiast w żadnym wypadku za spełnienie wymagania Zamawiającego dołączenia do oferty pełnej specyfikacji oferowanego rozwiązania, nie można uznać oświadczenia producenta macierzy, składanego przez wykonawców na potwierdzenie treści ich oferty.

IV. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 pzp w odniesieniu do oferty Unizeto Technologies

Odwołujący podał, że w przypadku Unizeto Technologies S.A. złożona w ogóle nie zawierała wymaganej pełnej specyfikacji oferowanego rozwiązania jak również oświadczenia producenta na dzień złożenia ofert. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 pzp, pismem z 27 grudnia 2012 r., wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, w tym do uzupełnienia pełnej specyfikacji oferowanego rozwiązania wraz z oświadczeniem producenta. Odwołujący podkreślił, że o ile można uznać oświadczenie producenta za dokument składany przez wykonawców w trybie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, o tyle pełna specyfikacja oferowanego rozwiązania stanowi merytoryczną treść oferty poprzez szczegółową konfigurację parametrów technicznych i funkcjonalnych konkretnego zaoferowanego przez wykonawcę rozwiązania. Brak w ofercie Unizeto Technologies powyższych informacji uniemożliwia ustalenie, jaki sprzęt został zaoferowany przez Wykonawcę i o jakich parametrach, a w konsekwencji rzeczywiste badanie zgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że pełna specyfikacja oferowanego rozwiązania to informacja określająca wprost przedmiot oferty i składająca się na jej treść, natomiast nie jest to oświadczenie lub dokument mający potwierdzić, że oferowane rozwiązanie spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego. Z tego powodu

pełna specyfikacja oferowanego rozwiązania nie może być uzupełniona przez Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp (w odwołaniu wskazano wyrok o sygn. akt KIO 542/11).

Na skutek przekazania 17 stycznia 2013 r. drogą elektroniczną przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania – w poniedziałek 21 grudnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili w formie pisemnej następujący wykonawcy:

A. „ANDRA” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Comp S.A. z siedzibą w Warszawie

– po stronie odwołującego,

oraz:

C. Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie

– po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania wszystkich zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego w formie pisemnej w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania ich kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia ich nieskuteczności.

Izba na podstawie art. 185 ust. 4 zd. 2 pzp oddaliła na posiedzeniu opozycję zgłoszoną przeciw przystąpieniom po stronie Odwołującego, gdyż Zamawiający nie uprawdopodobnił, że ANDRA czy też Konsorcjum Enigma nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego podnoszonym na posiedzeniu, interes ten został wskazany w sposób wystarczający w zgłoszeniach przystąpienia. W szczególności Izba zważyła, że interesu zgłaszających przystąpienie w uwzględnieniu odwołania nie należy utożsamiać z interesem w uzyskaniu przez nich zamówienia, a także nie należy oceniać z uwagi na zakres wszystkich zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu, które z oczywistych względów zmierzają do uzyskania zamówienia przez Odwołującego, a nie przez Przystępującego ANDRA, czy też Przystępujące Konsorcjum Enigma. Przystępujący nie muszą zatem wykazać, że uwzględnienie odwołania w całości leży w ich interesie, wystarczy że dotyczy to choćby niektórych zarzutów i żądań. Wynika to z tego, że przepisy ustawy pzp nie znają instytucji zgłoszenia przystąpienia w części, czy też jednoczesnej możliwości przystąpienia po jednej i drugiej stronie postępowania odwoławczego. Niewątpliwie w interesie obu Przystępujących jest doprowadzenie do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a także



do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

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

Izba ustaliła z urzędu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie zostały wypełnione przesłanki skutkujące możliwością odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący, którzy się stawili (Comarch Polska i ANDRA) – podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępujących, którzy się stawili, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących – zawarte w odwołaniu, zgłoszeniach przystąpień, piśmie złożonym na rozprawie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę sklasyfikowaną przez Zamawiającego na 4. miejscu. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania czynności lub zaniechania Zamawiającego, dotyczą trzech wyżej sklasyfikowanych ofert, narażają Odwołującego na szkodę, skoro w ich rezultacie nie uzyskał zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która częściowo została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego. Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. (wraz z wyjaśnieniami i zmianami jej treści) oraz z ofert, których dotyczyły zarzuty odwołania.

Izba uwzględniła również, w takim zakresie, w jakim zostały złożone wraz z tłumaczeniem na język polski, dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego.

Przedmiotem oceny było również oświadczenie producenta złożone na rozprawie przez Przystępującego Comarch Polska, który został przez Izbę, działającą na podstawie § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. Nr 48,

poz. 280), zobowiązany do przedstawienia istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy dowodu na poparcie swych twierdzeń o nałożonych na niego przez producenta zobowiązań w zakresie zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba postanowiła również na podstawie art. 190 ust. 2 pzp dopuścić z urzędu dowód z wydruków ze strony producenta macierzy na okoliczność zakresu dostępnych informacji o typie macierzy oferowanym przez Przystępującego Comarch Polska (3 wydruki łącznie na 13 stronach, w tym wydruk dokumentu w formacie PDF na 6 stronach).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje uwzględnieniu.

Na wstępie należy zaznaczyć, że pomimo odmiennego stanowiska prezentowanego przez Odwołującego na rozprawie, w ocenie Izby odwołanie nie zawierało zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Comarch Polska z uwagi na niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią s.i.w.z. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp został co prawda przywołany w końcowej części uzasadnienia pierwszego zarzutu odwołania, jednakże wyłącznie w kontekście argumentu, że przez nieuzasadnione objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa treści oferty Comarch Polska dąży do uniemożliwienia innym wykonawcom zweryfikowania jej zgodności z treścią s.i.w.z. Z treści odwołania nie sposób jednak wywieść, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie zbadania zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. Nawet jeżeli treść oferty Comarch Polska była w chwili wnoszenia odwołania niedostępna dla Odwołującego, nie zwalniało go to ze sprecyzowania, choćby w elementarnym zakresie, na czym taka niezgodność miałyby polegać. Ma to istotne znaczenie, gdyż z mocy art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

I. zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 pzp w odniesieniu do oferty Comarch Polska.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego podnoszonym na rozprawie w zaistniałych okolicznościach faktycznych nie sposób uznać, że zarzut ten został podniesiony przez Odwołującego po terminie. Z dokumentacji postępowania wynika wprost, że Zamawiający dokonywał czynności związanych z weryfikacją skuteczności objęcia przez Comarch Polska tajemnicą przedsiębiorstwa specyfikacji technicznej oferowanego rozwiązania, już po zawiadomieniu 7 stycznia 2013 r. wykonawców o rozstrzygnięciu prowadzonego postępowania. W szczególności Zamawiający wezwał spółkę Comarch Polska, aby odniosła się merytorycznie do argumentacji przedstawionej w piśmie Wykonawcy ANDRA. Dopiero

ocena uzyskanych 14 stycznia 2013 r. wyjaśnień stała się podstawą do podjęcia przekazanej 15 stycznia 2013 r. decyzji o utrzymaniu w mocy zastrzeżonej przez Comarch Polska tajemnicy. Po przeprowadzeniu powyższej procedury Zamawiający zajął jednoznaczne stanowisko, stwierdzając jednocześnie, że prowadzenia dalszych czynności w tym zakresie nie przewiduje.

Izba stwierdziła jednak, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone przez Comarch Polska wyjaśnienia, które w większości zawierają ogólne wywody i rozważania, które w oczywisty sposób nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa (z tego względu zostały poniżej zacytowane). Po pierwsze – Zamawiający bezkrytycznie zaakceptował podkreślone na ich wstępie – jako uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia – stwierdzenie, że *Comarch Polska S.A. była i jest nadal zobowiązana względem producenta oferowanego zobowiązania do zachowania poufności informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Informacje te musiały zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa sytuacja w tym zakresie nie uległa zmianie.* W dalszej części pisma rozwinięto to uzasadnienie w następujący sposób: *Informacje zawarte w tych dokumentach/ oświadczeniach składają się całościowo na informacje dotyczące przedmiotowej współpracy i oferowanego rozwiązania, w związku z czym nie mogą być traktowane wyrywkowo jako jawne nawet jeżeli pojedyncze informacje są publicznie dostępne. Informacje dotyczące oferowanego w przedmiotowym postępowaniu rozwiązania mają charakter indywidualnych niepowtarzalnych danych o charakterze technologicznym i handlowym, w tym w szczególności w zakresie doboru elementów konfiguracji. Stanowią one know-how stworzony specjalnie na potrzeby przedmiotowego postępowania. Jeszcze dalej Wykonawca ponownie podkreślił i dodał, co następuje: *informacje zawarte w zastrzeżonych jako tajemnica dokumentach/ oświadczeniach składają się całościowo na informacje dotyczące przedmiotowej współpracy i oferowanego rozwiązania i nie są jako całość ujawnione do wiadomości publicznej a producent oraz Comarch Polska podjęli stosowne działania w celu zachowania ich poufności. Dostęp do ww. informacji ma ograniczony krąg pracowników producenta oraz ograniczony krąg pracowników Comarch Polska, zobowiązanych do zachowania poufności, i nie zostały one ujawnione podmiotom zewnętrznym. Takie informacje podpadają pod pojęcie „tajemnicy”, ponieważ producent, a także Comarch Polska mają wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o ich treści zwykłą drogą.* Powyższe stwierdzenia są powieleniem wywodów orzecznictwa odnośnie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, które zostały powierzchownie zaadaptowane. Zamawiający nie powinien również ulegać sugestii, że ujawnienie (...) tych informacji zastrzeżonych w ofercie przez Wykonawcę, grozi*

*wysunięciem przez producenta roszczeń finansowych.*

Ponieważ z treści utajnionych pism producenta nie wynika jego wola zachowania prezentowanych tam informacji w tajemnicy, Zamawiający powinien zażądać od Comarch Polska udowodnienia powyżej zacytowanych twierdzeń. Niezależnie od dalszych wywodów Comarch Polska jako źródło dokonanego zastrzeżenia wskazał bowiem zobowiązanie nałożone przez producenta. Tymczasem Przystępujący również w toku postępowania odwoławczego, pomimo że został do tego zobowiązany, nie był w stanie przedstawić żadnego dowodu na istnienie takiego zobowiązania. Złożone na rozprawie oświadczenie producenta odnosi się wyłącznie do kwestii potencjalnej możliwości uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa zaoferowanej konfiguracji sprzętowej macierzy oraz oświadczenia dotyczącego jej wydajności. Jednakże również w tym zakresie producent wyraził jedynie swoją opinię, że te informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż nie zostały przez niego ujawnione do wiadomości publicznej. Gdyby producent rzeczywiście uznawał, że informacje o fakcie i przedmiocie współpracy z Comarch Polska miały dla niego istotną wartość gospodarczą, z pewnością w sposób jednoznaczny potwierdziłby to również w złożonym *ad hoc* oświadczeniu. Nic takiego jednak nie nastąpiło. Przede wszystkim Przystępujący od początku dysponowałby stosownymi pismami producenta wyrażającymi wolę zachowania w tajemnicy faktu, że jest producentem oferowanych w postępowaniu przez Comarch Polska macierzy, jak i szczegółów jej konfiguracji. Tymczasem w oświadczeniu złożonym na potrzeby postępowania odwoławczego producent nic nie wspomina również o tym, że ta *przekazana Comarch Polska S.A. na potrzeby niniejszego postępowania* konfiguracja sprzętowa macierzy, stanowi informację mającą istotną wartość gospodarczą o charakterze technicznym czy technologicznym, w stosunku do których widzi potrzebę, czy też podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie Izby potwierdza to niezbieżnie, że wyłącznie Comarch Polska S.A. chciałby zachować w tajemnicy przed innymi wykonawcami fakt współpracy z producentem oraz specyfikację oferowanej macierzy. Natomiast producent jedynie w stosunku do tej drugiej kwestii widzi ewentualnie taką możliwość.

W odniesieniu do samej specyfikacji technicznej oferowanej macierzy Zamawiający również nie podjął żadnych działań sprawdzających, w szczególności – jak przyznał na rozprawie – nie zajął na dostępną w języku polskim stronę internetową producenta, polegając wyłącznie na oświadczeniu Przystępującego. Zamawiający zaniechał w ten sposób zweryfikowania, czy w świetle dostępnych na stronie producenta informacji o macierzy typu oferowanego przez Comarch Polska, zawarte w ofercie informacje mają charakter *indywidualnych niepowtarzalnych danych o charakterze technologicznym (...)* w zakresie doboru elementów, oraz czy *stanowią one know-how stworzony specjalnie*

*na potrzeby przedmiotowego postępowania* (kolejne twierdzenia z wyjaśnień Comarch Polska z 14 stycznia 2013 r.). Tymczasem producent udostępnia na swojej stronie w języku polskim szeroki zakres informacji o tego typu macierzy, który sam klasyfikuje do segmentu rozwiązań klasy średniej, a więc z pewnością nie o największym zaawansowaniu i komplikacji technicznej. Również wszystkie dostępne elementy konfiguracji są tam opisane, z podaniem możliwych wariantów, na zasadzie podania możliwego zakresu zestawienia zestandaryzowanych elementów macierzy. Jednocześnie wymagania zamawiającego określają większość parametrów przez wskazanie konkretnej ich wielkości (z teoretycznym dopuszczeniem zaoferowania lepszych), w szczególności sprecyzowano: liczbę, typ i przepustowość interfejsów sieciowych (8 portów Fibre Channel minimum 4 Gbps oraz 4 interfejsy iSCSI minimum 1 Gbps); standard interfejsu dysków twardych i jego przepustowość (SAS 6 Gbps); zamawianą pojemność każdej z dwóch macierzy dyskowych oraz gwarantowaną możliwość rozbudowy tej pojemności (80 TB + 200 TB). Cała tajemnica miałaby się *de facto* sprowadzać do tego, ile dysków o jakiej pojemności i szybkości obrotowej talerzy, spośród zakresu opisanego przez producenta na swojej stronie internetowej, zastosowano w celu osiągnięcia wymaganych przez Zamawiającego parametrów wydajnościowych (gwarantowana liczba operacji wejścia/wyjścia na poziomie co najmniej 125000, przy założeniu następujących parametrów pracy macierzy: Read 70%, Read Hit 30%, Drive Busy 70%). Ponieważ jest to wypadkowa określonej kombinacji szczegółowo opisanych przez producenta podzespołów macierzy, ograniczona szczegółowymi wymaganiami zamawiającego, np. aby macierz była jednorodna pod względem zastosowanych dysków (wymaganie wynikające z udzielonych wyjaśnień treści s.i.w.z.), wymaganą wydajnością interfejsów itp. – nie jest żadnym unikalnym know-how dla każdego podmiotu, który ma wiedzę i doświadczenie w zakresie stosowania tego typu macierzy. Oczywiście jest przy tym, że nie jest to know-how Przystępującego, który nie ma przecież nawet wiedzy i doświadczenia w dostawach sprzętu teleinformatycznego. Gdyby miałby to być know-how przekazany Przystępującemu w ramach udostępnionej wiedzy i doświadczenia, to nie żadną tajemnicą, że Comarch jest partnerem producenta, również w zakresie systemów pamięci masowej, o czym można dowiedzieć się zarówno na stronie internetowej producenta, jak i domenie comarch.pl. Przyjmując z kolei, że jest to know-how producenta, który – jak sam oświadczył – przygotował dla wykonawcy zestawienie elementów macierzy, pozwalającą na spełnienie wymagań wydajnościowych Zamawiającego, to – jak już powyżej wskazano – nic nie wskazuje na to, aby wola producenta było zachowanie tego w tajemnicy. Ponadto skoro funkcjonuje w tej dziedzinie zestandaryzowana i powszechnie uznawana metodyka prowadzenia testów wydajności macierzy, do której odwołał się Zamawiający w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 4 grudnia

2012 r. (*Zamawiający dokona weryfikacji parametrów wydajnościowych w oparciu o ogólnodostępne wyniki testów zawarte na stronie <http://www.storageperformance.org>), to znaczy, że istnieje upubliczniony sposób dojścia do zestawienia elementów gwarantującego osiągnięcie wymaganej w s.i.w.z. wydajności.*

Z tych względów w ocenie Izby nie można stwierdzić, że dokumenty utajnione przez Comarch Polska zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, w stosunku do których mogły zostać lub zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Z tego względu nie zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503, z późn. zm.), które umożliwiałyby ich nieudostępnienie przez Zamawiającego na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy pzp.

II. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, a także naruszenia art. 26 ust. 3 pzp w odniesieniu do oferty Comarch Polska

Izba stwierdziła, że *de facto* przywołane w odwołaniu okoliczności uzasadniające zarzut zaniechania wykluczenia Comarch Polska z postępowania związane są z art. 26 ust. 2b pzp, a przedmiotem zarzutu jest dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej oceny załączonego do oferty dokumentu z 13 grudnia 2012 r. pn. *Zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia Nr 2012/S 210-345603*. Izba ustaliła, że w treści tego dokumentu Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, w związku z uczestnictwem Comarch Polska S.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego (nazwa i oznaczenie postępowania zostały dokładnie przywołane) – zobowiązał się (używając formy pierwszej osoby liczby mnogiej) do współpracy z ze spółką Comarch Polska, która:

– po pierwsze – *może w ten sposób polegać na naszej wiedzy i doświadczeniu, w trakcie wyżej wspomnianego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i w okresie wykonania wyżej wspomnianego zamówienia przez Comarch Polska S.A. Niniejszym zobowiązujemy się do oddania Comarch Polska S.A. do dyspozycji naszej wiedzy i doświadczenia w trakcie wyżej wspomnianego postępowania o udzielenia zamówienia jak i na okres korzystania z naszej wiedzy i doświadczenia przy wykonywaniu wyżej wspomnianego zamówienia przez Comarch Polska S.A.*

– po drugie – *może w ten sposób polegać na naszych osobach zdolnych do wykonania wyżej wspomnianego zamówienia. Niniejszym zobowiązujemy się do oddania Comarch Polska S.A. do dyspozycji naszych pracowników, jako osób zdolnych do wykonania wyżej wspomnianego zamówienia, na okres korzystania z nich przy wykonaniu wyżej*

*wspomnianego zamówienia.*

– po trzecie – *może w ten sposób polegać na naszych zdolnościach finansowych, w trakcie wyżej wspomnianego zamówienia przez Comarch Polska S.A. Niniejszym zobowiązujemy się do oddania Comarch Polska S.A. do dyspozycji naszych zdolności finansowych w trakcie wyżej wspomnianego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i na okres korzystania z naszych zdolności finansowych przy wykonywaniu wyżej wspomnianego zamówienia przez Comarch Polska S.A.*

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że pomimo swojej obszerności, zobowiązanie w zakresie udostępnienia potencjału osobowego i zdolności finansowych Comarch jest bezprzedmiotowe, gdyż w tym zakresie Zamawiający nie sprecyzował żadnych szczególnych wymagań. Prawdopodobnie z tego wynika ogólnikowy charakter zobowiązania z którego nie wynika na jakie osoby i jakie konkretnie zasoby finansowe mógłby liczyć Comarch Polska w toku realizacji zamówienia. Jednakże również ogólnikowy charakter ma treść zobowiązania odnośnie udostępnienia wiedzy i doświadczenia, co ma polegać na bliżej niesprecyzowanej współpracy, w której ramach ta wiedza i doświadczenie ma być oddana do dyspozycji Comarch Polska.

Zdaniem Izby przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na rzeczywiste wykorzystanie przez Comarch Polska w toku realizacji zamówienia wiedzy i doświadczenia Comarch. Tymczasem ogólnikowe zobowiązanie się przez Comarch do współpracy z Wykonawcą Comarch Polska, bez wskazania na czym miałyby ona polegać, a tym samym w jaki sposób nastąpi przekazanie niezbędnej do wykonania zamówienia wiedzy i doświadczenia, nie mogło być ocenione przez Zamawiającego za skuteczne wykazanie spełniania sprecyzowanego w s.i.w.z. warunku udziału dotyczącego tego potencjału. W szczególności Zamawiający nie wzywał Comarch Polska do wyjaśnienia treści załączonego do oferty dokumentu, a zatem nie miał żadnych podstaw, aby nawet domniemywać, na czym będzie polegać deklarowana przez Comarch współpraca. Podobny pogląd na tle stanu faktycznego dotyczącego skuteczności wykazania udostępnienia wiedzy i doświadczenia wyraził Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 315/11). Zamawiający nie mógł również z faktu wskazania w ofercie Comarch Polska (w pkt 8. formularza ofertowego), że dostawa i instalacja sprzętu zostanie powierzona podwykonawcy, wywieść, że będzie nim Comarch, to jest podmiot trzeci udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie. Nie wynikało to ani z treści oferty, ani z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów, a powołanie się w toku rozprawy przez pełnomocnika Przystępującego na udział Comarchu w realizacji zamówienia przez Comarch Polska, było dla Zamawiającego nową informacją. Natomiast Zamawiający mylnie na rozprawie upatrywał w przyznanej wykonawcom możliwości powoływania się na potencjał

innych podmiotów, niezależnie od stosunków ich łączących, z brakiem możliwości egzekwowania wykazania w konkretnym przypadku realnego udostępnienia wymaganego zasobu wiedzy i doświadczenia. Należy przy tym zauważyć, że akurat relacja w jakiej pozostają Comarch Polska i Comarch jest oczywista, gdyż to, że Comarch Polska jest jedną ze spółek kontrolowanych w 100% przez spółkę Comarch (za pośrednictwem zamkniętego funduszu inwestycyjnego), stanowi ogólnodostępną informację. Możliwość powoływania się na potencjał innej spółki należącej do tej samej grupy kapitałowej, stanowiła jeden z powodów wprowadzenia regulacji z art. 26 ust. 2b pzp. Nie oznacza to jednak, że sam fakt pozostawania w takich stosunkach przesądza niejako automatycznie o skuteczności przekazania takiego potencjału. Dopiero w razie wskazania, na czym będzie polegać współpraca pomiędzy Comarch a Comarch Polska, można będzie ocenić, czy łączące je więzy powiązań kapitałowych uprawdopodobniają realność takiego przekazania potencjału. Z kolei nawet jeżeli przekazanie niezbędnej do wykonania przedmiotowej dostawy wiedzy i doświadczenia, nie wymaga udziału spółki Comarch w wykonaniu zamówienia, nic nie stało na przeszkodzie wyraźnemu wskazaniu, że będzie ona podwykonawcą, skoro odpowiada to rzeczywistości stanowi rzeczy. Tymczasem z treści załączonego do oferty zobowiązania Comarch nie wynikało również, że współpraca ta będzie polegała na przekazaniu know-how, doradztwie, konsultacjach, czy innych skonkretyzowanych formach wsparcia ze strony spółki dominującej, dysponującej wymaganą dla wykonania przedmiotowego zamówienia wiedzą i doświadczeniem.

Ponieważ odwołanie podlegało uwzględnieniu z uwagi na powyżej rozstrzygnięty zarzut, Izba uznała za celowe nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego Comarch Polska do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp załączonego do oferty dokumentu o sprecyzowanie w jaki sposób – w ramach ogólnikowo deklarowanej współpracy – nastąpi udostępnienie niezbędnej dla wykonania zamówienia wiedzy i doświadczenia. Jednakże skoro Zamawiający nie wzywał Comarch Polska do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, zarzut zaniechania definitywnego wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, należało uznać – jako przedwczesny – za niezasadny.

Natomiast oczywiście niezasadne są wywody odwołania o zaniechaniu załączenia do oferty Comarch Polska dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia dla Comarch. Nie wiadomo na czym polega właściwie ten zarzut, skoro Odwołujący na rozprawie nie zaprzeczał, że Zamawiający w s.i.w.z. nie skorzystał z przepisu § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817;



zwane dalej w skrócie „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”). Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie domagał się, aby wykonawcy – wykazujący spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia przez poleganie na zasobach innych podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji części zamówienia – załączyli do oferty dokumenty dotyczące braku podstaw do wykluczenia dla tych podmiotów.

III i IV. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp w odniesieniu do oferty ANDRA i zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 pzp w odniesieniu do oferty Unizeto Technologies

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio – zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego co do zasady porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z., przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Nadto jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty, oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem jej zgodności z s.i.w.z., konkretyzacji przedmiotu oferty przez wskazanie konkretnie oferowanych rozwiązań czy parametrów – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią opisu zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności. Wobec tego dla rozstrzygnięcia o zasadności podniesionych zarzutów istotne jest, czy Odwołujący wykazał, że treść ofert każdego z ww. wykonawców wymaganej konkretyzacji nie zawierała, względnie (w przypadku Przystępującego ANDRA) nie była ona wystarczająca z punktu widzenia wymagań s.i.w.z.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, co składało się na treść oferty wymaganą przez Zamawiającego na mocy postanowień s.i.w.z. Niezależnie od zmian brzmienia wymagania WDS.16 w zakresie sprecyzowania wydajności macierzy, jego niezmienną treścią, wynikającą wprost z drugiego zdania było to, że *Wykonawca musi dołączyć do oferty pełną specyfikację oferowanego rozwiązania wraz z Oświadczeniem producenta, że oferowana konfiguracja sprzętowa spełnia niniejsze wymagania wydajnościowe*. Dodatkowo na mocy

zmiany treści s.i.w.z. z 4 grudnia 2012 r. złożenie tych dokumentów zostało inkorporowane jako pkt 12.5.3 – do treści pkt 12.5 s.i.w.z. określającego wymaganą zawartość oferty – obok formularza oferty, wypełnionego zgodnie z wzorem załącznika nr 2 do s.i.w.z. (pkt 12.5.1), oraz formularza cenowego, wypełnionego zgodnie z wzorem z załącznika nr 3 do s.i.w.z. Zamawiający wyraźnie oddzielił te dokumenty od dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania, do których zbiorczo odesłał w pkt 12.6. Przebieg rozprawy ukazał, że pomiędzy Stronami postępowania odwoławczego niesporne jest, że ową *pełną specyfikację oferowanego rozwiązania* należy odnosić do wymagań opisu przedmiotu zamówienia sprecyzowanych odnośnie wymagań w zakresie macierzy dyskowej (WDS.15 do WDS.28). Zamawiający wymagał zatem sprecyzowania przedmiotu oferty pod kątem tych sprecyzowanych przez siebie w załączniku nr 1 do s.i.w.z. wymaganych parametrów, tak by móc zweryfikować spełnianie przez wyspecyfikowaną w ofercie macierz wymagań technicznych opisu przedmiotu zamówienia. W ten sposób Zamawiający wyraził w sposób wystarczający swoją intencję zweryfikowania zgodności oferty z treścią s.i.w.z. nie tylko na podstawie oświadczenia wykonawcy o uwzględnieniu w cenie ofertowej wykonania dostawy macierzy o standardach nie niższych niż określone w specyfikacji technicznej s.i.w.z., ale przez odniesienie wymaganych parametrów do konkretnie sprecyzowanych w ofercie parametrów, właściwych dla oferowanej macierzy. Należy przy tym zauważyć, że w razie braku sprecyzowania w tym zakresie oferty, Zamawiający pozbawiony byłby realnej możliwości przeprowadzenia odbioru ilościowego i jakościowego dostarczonych elementów macierzy, co zostało przewidziane we wzorze umowy.

Niesporne jest, że oferta złożona przez Unizeto Technologies nie zawierała żadnego sprecyzowania specyfikacji technicznej oferowanej macierzy. Treść złożonej oferty zawierała jedynie wypełniony formularz ofertowy i cenowy, przy czym w żadnym z nich nie zamieszczono innych informacji, niż przewidziane we wzorach załączonych do s.i.w.z. W tych okolicznościach należy przyznać rację Odwołującemu, że Zamawiający wykroczył poza zakres zastosowania art. 26 ust. 3 pzp, wzywając *de facto* Unizeto Technologies do sprecyzowania po terminie składania ofert treści oferty. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że wymaganie sprecyzowania specyfikacji technicznej oferowanej macierzy należy uznać wyłącznie za dokument zażądany na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, to jest dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Nie ma zatem znaczenia, że wydane na mocy delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 pzp rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817; zwane dalej w skrócie

„rozporządzeniem w sprawie dokumentów”), w § 5 ust. 1 przewiduje otwarty katalog takich dokumentów. Izba podziela pogląd, że dopuszczenie przez Zamawiającego do swobodnego kształtowania wymaganej treści oferty po terminie składania ofert, z powołaniem się na art. 26 ust. 3 pzp, wprost prowadzi do obejścia zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp.

Odmienne przedstawia się sytuacja w odniesieniu do oferty Przystępującego ANDRA, co wynika już z odwołania, w którym obok zarzutu braku sprecyzowania specyfikacji technicznej w ogóle, podniesiono równolegle zarzut, że została ona sprecyzowana w sposób niedostateczny. Uzasadnieniem dla stawiania tych wzajemnie sprzecznych ze sobą zarzutów jest okoliczność, że złożona przez ANDRA oferta zawiera tylko dokument oświadczenia producenta potwierdzającego wydajność oferowanej macierzy, z podaniem – jak to określono – *specyfikacji głównych podzespołów* konkretnie sprecyzowanego typu macierzy. Izba zważyła, że drugi ze sprecyzowanych zarzutów oparty jest wyłącznie na użyciu tego określenia, gdyż próżno szukać w odwołaniu sprecyzowania w jakim zakresie podanie liczby, oznaczenia i krótkiej charakterystyki elementów sprzętowych i programowych oferowanej macierzy, jest niewystarczające z punktu widzenia wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Z kolei pierwszy zarzut Izba oceniła jako zmierzający do wymuszenia na Zamawiającym przedłożenia nadmiernego formalizmu nad treść oświadczenia woli Wykonawcy ANDRA, którą można ustalić na podstawie całokształtu okoliczności dotyczących złożonej oferty. Formalnie rzeczywiście do oferty załączono dokument podpisany przez podmiot trzeci, który jedynie został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. Jednakże pod względem treści dokument ten ma zarówno cechy wymaganego na mocy s.i.w.z. dokumentu przedmiotowego, gdyż zawiera potwierdzenie osiągnięcia przez macierz wymaganej wydajności, jak i sprecyzowania specyfikacji technicznej macierzy. Z kolei z uwagi na zamieszczenie tego dokumentu w ofercie złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, nie ma wątpliwości, że macierz o takiej specyfikacji zaoferował Przystępujący ANDRA, a nie producent, który sam nie ubiega się o udzielenie tego zamówienia. Izba zważyła, że złożona w ten sposób oferta w wystarczający sposób ujawnia wolę Przystępującego ANDRA zaoferowania macierzy wyspecyfikowanej w oświadczeniu jej producenta.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 8 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 26 ust. 2b w zw. z art. 26 ust. 3 pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, które zostało przedwcześnie rozstrzygnięte – i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w pkt 1. sentencji.

**Sygn. akt KIO 105/13**

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....