

**Sygn. akt: KIO 458/18
KIO 474/18**

**WYROK
z dnia 26 marca 2018 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Paweł Trojan

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 21 marca 2018 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2018 roku przez **wykonawcę:**

- 1) Intros Technologie Multimedialne sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (sygn. akt KIO 458/18);**
- 2) Bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 474/18)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Województwo Dolnośląskie, Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu**

orzeka:

1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia ofert wykonawców Intros Technologie Multimedialne sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; ponadto nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Intros Technologie Multimedialne sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania wykonawcy Bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie uznaje za niewykazane;

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Województwo Dolnośląskie, Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000,00 zł (słownie: trzydziestu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołań;
4. zasądza od Zamawiającego – **Województwa Dolnośląskiego, Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz **wykonawców**:
 - 1) **Intros Technologie Multimedialne sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (sygn. akt KIO 458/18);**
 - 2) **Bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 474/18)**kwotę po 18 600,00 zł (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołujących z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

sygn. akt KIO 458/18

Dnia 12 marca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z 2017 r., Dz.U. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca: **Intros Technologie Multimedialne sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach**, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup Systemu Kopii Zapasowych i Archiwizacji na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego” prowadzi Zamawiający: **Województwo Dolnośląskie, Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu**. Ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Dz. U. UE z dnia 24.08.2017 r., pod numerem 2017/S 161-332018.

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1.1. odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 1.2. unieważnieniu zamówienia,
- 1.3. ewentualnie: zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty,

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie:

- 1 art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej „SIWZ”), mimo braku podstaw do dokonania takiej czynności,
- 2 art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez błędne uznanie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, mimo braku podstaw do dokonania takiej czynności,
- 3 ewentualnie: art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty, mimo uzasadnionych przesłanek do jego zastosowania,

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego,
3. ewentualnie, nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści jego oferty,
4. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki, na okoliczność zgodności oferowanego przez Odwołującego sprzętu z wymaganiami SIWZ,

5. przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka - przedstawiciela producenta oferowanego przez Odwołującego sprzętu, którego imiennie Odwołujący wskaże na rozprawie, zapewniając jego stawiennictwo,

6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu jego oferty pismem z dnia 02.03.2018 r. Termin na złożenie odwołania dotyczącego czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty został dotrzymany. Wpis od odwołania w wymaganej kwocie został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jego oferta ma najkorzystniejszy, z niepodlegających odrzuceniu ofert, bilans punktowy wg kryteriów zawartych w pkt XIII SIWZ – ceny oraz terminu dostarczenia urządzeń wraz z oprogramowaniem. Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego w postępowaniu złożono trzy oferty. We wszystkich termin dostarczenia wynosił 25 dni, co powoduje, że kryterium porównawczym stanowi cena oferty. Oferta Advatech sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu podlegała jednak odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) Pzp, ponieważ podmiot ten nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy, na przedłużeniu terminu związania ofertą. Powoduje to, że najkorzystniejszą ofertą stanowi oferta Odwołującego. Oferta ta wbrew stanowisku Zamawiającego stanowi ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Tym samym, gdyby Zamawiający nie unieważnił postępowania, byłby zobligowany do wybrania oferty Odwołującego oraz zawarcia z nim umowy na realizację Zamówienia.

Dalej zaznaczono, że Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie i była to kolejna czynność unieważnienia postępowania. Wcześniejsza czynność została skutecznie zakwestionowana wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2017 roku (KIO 2375/17). W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że podstawą unieważnienia postępowania jest art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp tj. wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu.

W odniesieniu do oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż w zakresie pięciu elementów jest ona sprzeczna z SIWZ, a w konsekwencji musi ona polegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający wskazał na następujące niezgodności oferty:

1) macierze NetApp FAS2650 oferowane przez Odwołującego nie obsługują wymaganych 400 dysków (punkt nr 7 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - wymagań dla macierzy do CPD),

- 2) macierze NetApp FAS2620 oferowane przez Odwołującego nie obsługują wymaganych 400 dysków (punkt nr 7 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wymagań dla macierzy - wymagań dla macierzy do ZPD),
- 3) macierze NetApp FAS2650 oferowane przez Odwołującego nie obsługują dysków z interfejsem SATA/NL-SAS (punkt 7 wymagań dla macierzy do CPD),
- 4) macierze NetApp FAS2620 oferowane przez Odwołującego nie obsługują dysków z interfejsem SAS (punkt 7 wymagań dla macierzy do ZPD)- zwana dalej Zarzutem 4,
- 5) macierze NetApp FAS2620 oferowane przez Odwołującego nie obsługują dysków SSD o pojemności 1600GB (punkt 7 wymagań dla macierzy do ZPD).

Zamawiający już wcześniej unieważnił postępowanie wskazując jako przyczynę art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Podejmując tą decyzję Zamawiający wskazał jednak, iż dodatkowo przesłanką unieważnienia jest też art. 93 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odnosząc się do tej przesłanki, Zamawiający wskazał wtedy, iż oferta Odwołującego powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na jej sprzeczność z SIWZ (obecne Zarzuty 1 i 2).

Teraz, mimo iż ocenie podlegała ta sama oferta, Zamawiający dodał kolejne podstawy do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (Zarzuty 3-5), co świadczy, iż albo Zamawiający błędnie weryfikował oferty wcześniej albo, iż próbuje na siłę znaleźć podstawy do unieważnienia postępowania. Zarzuty są tak lakonicznie uzasadnione, a ich weryfikacja tak pobieżna i niestaranna, iż rodzi to poważne obawy o intencje Zamawiającego.

Jak wynika z pisma Zamawiającego ustalania odnośnie rzekomej niezgodności z SIWZ oferty Odwołującego poczynił wyłącznie w oparciu o treść strony internetowej. Zamawiający nie przeprowadził jednak żadnego postępowania wyjaśniającego, nie próbował zapytać Odwołującego czy też producenta w celu wyjaśnienia wątpliwości, od razu przyjmując, iż Wykonawca złożył ofertę niezgodną z SIWZ.

Zdaniem Odwołującego całość zarzutów Zamawiającego odnośnie jego oferty jest chybiona i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający próbuje wykazać, iż oferowany sprzęt jest sprzeczny z punktami 7 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wymagań dla macierzy CPD i ZPD, których brzmienie jest następujące:

- a) macierz CPD: „*Macierz musi zawierać 48 dysków 1,8 TB, SAS 10K lub mniejsze dającą tą samą pojemność RAW, wspierać dyski SSD z przedziału od 400GB do 3200GB lub o większej pojemności, dyski SAS z przedziału od 900 TB do 1800GB, dyski SATA/NL-SAS z przedziału od 4 TB do 10TB. Musi mieć możliwość rozbudowy o kolejne dyski aż do 400 dysków oraz rozbudowę do modeli wyższych*”,
- b) macierz ZPD: „*Macierz musi zawierać 36 dysków 8TB, NL-SAS, wspierać dyski SSD 800GB, 960GB, 1600GB, 3800GB, SAS 900GB, 1200GB, 1800GB, SATA/NL-SAS 4TB,*

6TB, 8TB, 10TB. Musi mieć możliwość rozbudowy o kolejne dyski aż do 400 dysków oraz rozbudowę do modeli wyższych”.

Stawiając powyższe wymagania Zamawiający nie określił sposobu rozbudowy. Odwołujący wskazuje iż jego oferta jest zgodna z SIWZ.

Zarzut 1 i 2

Zdaniem Zamawiającego, na podstawie specyfikacji macierzy NetApp FAS 2650 oraz NetApp FAS 2620 pobranej ze strony producenta:

- a) jeden węzeł (2 kontrolery) macierzy NetApp FAS 2650 obsługuje maksymalnie 144 dyski;
- b) jeden węzeł (2 kontrolery) macierzy NetApp FAS 2620 obsługuje maksymalnie 144 dyski.

Jest to jednak zarzut chybiony. Zaoferowane bowiem przez Odwołującego urządzenie - model FAS2650 i FAS2620 można rozbudować aż do 576 dysków. Potwierdza to specyfikacja zamieszczona na stronie internetowej przez samego producenta tego rozwiązania - NetApp oraz jego oświadczenie, którym Odwołujący dysponuje.

Model FAS2650 i FAS2650 przy 6 kontrolerach może być rozbudowany aż do ponad 400 dysków, z kolei przy 8 kontrolerach - aż 576 dysków. Rozwiązanie to nadal pozostaje jednak jedną macierzą dyskową, a zatem spełnia wymogi Zamawiającego. Wszelkie odniesienia na stronie do 144 dysków dotyczą 2 kontrolerów, co zgodnie z wymaganiami Zamawiającego można rozbudować powyżej 400 dysków, dokładając kolejne kontrolery w ramach jednej macierzy dyskowej.

W tym miejscu należy wskazać, iż na rozprawie która odbyła się we wcześniej sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 2375/17, Zamawiający próbował argumentować, iż chciał, aby rozbudowa macierzy nastąpiła w oparciu o same dyski, a nie kontrolery. Twierdził dodatkowo, iż rozwiązanie takie jest droższe. Odwołujący jednak wskazał, iż Zamawiający w żaden sposób nie określił sposobu rozbudowy macierzy, a argumentacja w tym zakresie stanowi niedozwoloną próbę interpretacji SIWZ bądź jego zmianę na tym etapie postępowania. Dodatkowo podniesiono, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, rozwiązania te są porównywalne cenowo.

Zarzut 3

Zdaniem Zamawiającego oferowane przez Odwołującego macierze NetApp FAS2650 nie obsługują dysków z interfejsem SATA/NL-SAS.

Zamawiający w uzasadnieniu wyjaśnił, iż macierze NetApp FAS2650 obsługują następujące rodzaje dysków: SAS: 900GB, 1.2TB, 1.8TB, SSD: 800GB, 960GB, 3.84TB, 7.6TB, 15.3TB. Macierze NetApp FAS2650 nie obsługują dysków SATA/NL-SAS, co było wymogiem (punkt 7 wymagań dla macierzy do CPD). Półki dyskowe wykorzystywane przez macierze NetApp 2650 mogą zostać wykorzystane w wyższych modelach macierzy.

Zarzut ten jest niezasadny, albowiem ze specyfikacji producenta dla oferowanego sprzętu wynika, iż obsługuje dyski SATA/NL-SAS. Potwierdza to również sam producent w swoim oświadczeniu, którym dysponuje Odwołujący. Błąd Zamawiającego polega na tym, iż oparł się on na danych nie dotyczących oferowanego sprzętu, weryfikując tylko dane na stronie <https://www.netapp.com/us/products/storage-systems/hybrid-flash-array/fas2600.aspx>.

W rzeczywistości jednak w ofercie NetApp znajduje się sprzęt spełniający te wymagania, co Zamawiający ustaliłby bez problemu, gdyby w sposób rzetelny zbadał to zagadnienie.

Zarzut 4

W ocenie Zamawiającego, macierze NetApp FAS 2620 obsługują następujące rodzaje dysków: NL-SAS/SATA: 4TB, 6TB, 8TB, 10TB, SSD: 800GB, 960GB, 3.84TB, 7.6TB. Zdaniem Zamawiającego, macierze NetApp FAS2620 nie obsługują dysków SAS. Półki dyskowe wykorzystywane przez macierze NetApp 2620 mogą zostać wykorzystane w wyższych modelach macierzy.

Zarzut ten jest niezasadny, albowiem ze specyfikacji producenta wynika, iż macierze NetApp FAS2620 obsługują dyski SAS. Odwołujący dysponuje oświadczeniem producenta w tym zakresie. Podobnie jak przy zarzucie 3, błąd Zamawiającego polega na tym, iż oparł się on na danych nie dotyczących oferowanego sprzętu.

Zarzut 5

Zamawiający wskazał również, iż macierze NetApp FAS2620 obsługują dyski SSD o pojemnościach 800GB, 960GB, 3.84TB, 7.6TB. Macierze NetApp FAS2620 nie obsługują dysków SSD o pojemności 1600GB.

Wbrew tym twierdzeniom, Odwołujący wskazuje, iż macierze NetApp FAS2620 obsługują dyski SSD o pojemności 1600GB. Wynika to wprost z dokumentacji producenta oraz jego oświadczenia, którym Odwołujący dysponuje. Również i tu Zamawiający analizował nie te dane. W rzeczywistości bowiem oferowany sprzęt spełnia postawione w SIWZ wymagania.

Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień

Zamawiający wszelkie swoje ustalenia odnośnie rzekomej niezgodności oferty z SIWZ poczynił w oparciu o treść strony internetowej producenta - Netapp. Nie dokonał jednak żadnych dodatkowych czynności zmierzających do wyjaśnienia swoich wątpliwości, w szczególności nie zwrócił się bezpośrednio do producenta, ani nie zapytał Odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza: „*Dokonując oceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający posiada uprawnienia*

wynikające z poszczególnych przepisów ustawy, ale i obowiązki jakie nakłada na niego ustawodawca - jednakże realizacja tych prerogatyw musi mieścić się w granicy obowiązującego przepisu prawa. Właśnie takim przepisem jest art. 87 p.z.p., gdzie ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo ale i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W myśl art. 87 ust. 1 p.z.p. zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego - czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli - czyli treść oferty. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste "narzędzie" Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy, gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne".

Zamawiający wbrew powyższemu, dokonał jedynie pobieżnej analizy strony internetowej producenta, dokonując w rzeczywistości oceny innego sprzętu niż oferowany. Działanie jego nie było starannym i rzetelnym postępowaniem, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania czynności niezgodnej z prawem. Zaniechując wyjaśnienia wątpliwości Zamawiający naruszył więc przepis art. 87 ust. 1 Pzp.

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż Zamawiający bezpodstawnie uznał, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ.

Jak wynika z informacji producenta oferowane przez Odwołującego urządzenia są w pełni zgodne z zawartymi w pozycjach nr 7 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - wymaganiami Zamawiającego odnośnie macierzy CPD i ZPC. Co więcej, Zamawiający w sposób nieuprawniony próbuje na tym etapie postępowania podnosić twierdzenia, co do

swoich oczekiwań niezawartych w SIWZ i interpretować ją w taki sposób, aby doprowadzić do unieważnienia postępowania.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego odwołanie uznać należy za w pełni uzasadnione.

sygn. akt KIO 474/18

W dniu 12 marca 2018 roku odwołanie do Prezesa KIO złożył wykonawca **Bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zwany dalej „Odwołujący 2”.

Odwołanie wniesiono od czynności i zaniechania czynności Zamawiającego polegających na:

1. niezgodnym z prawem odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. unieważnieniu postępowania pomimo braku ustawowych przesłanek,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Intros Technologie Multimedialne sp. z o.o. ze względu na dodatkowe przesłanki odrzucenia ofert oraz wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania,
4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego 2, pomimo że oferta ta jest zgodna z SIWZ;
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy oferta Odwołującego 2 nie podlega odrzuceniu;
3. z ostrożności procesowej - art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego 2 do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Intros ze względu na dodatkowe podstawy odrzucenia oferty, tj. niezgodność z treścią SIWZ w zakresie oferowanego rozwiązania;
5. art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Intros ze względu na dodatkowe podstawy odrzucenia oferty, tj. złożenie oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia;
6. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Intros w przedmiocie rażąco niskiej ceny;
7. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia odrzucenie oferty wykonawcy Intros. ze względu na dodatkowe podstawy odrzucenia oferty, tj. złożenie oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8. z ostrożności procesowej – art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Intros z postępowania w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2 i unieważnienia postępowania,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego 2,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Intros i odrzucenia jego oferty ze względu na dodatkowe przesłanki, o których mowa w odwołaniu,
4. wyboru oferty Odwołującego 2 jako najkorzystniejszej.

Odwołujący 2 zaznaczył, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu 2 uzyskanie zamówienia, pomimo złożenia przez niego prawidłowej i jedynej niepodlegającej odrzuceniu oferty, która powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu. Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego 2, a w konsekwencji unieważnił postępowanie pomimo braku podstaw prawnych.

Odwołujący 2 może ponieść szkodę, będącą skutkiem wskazanych w odwołaniu naruszeń ustawy Pzp. Istnieje realna możliwość utraty przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego 2, która pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniami przepisów ustawy dokonanyymi przez Zamawiającego. Uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu 2 uzyskanie zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołujący 2 uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odrzucenie oferty Odwołującego 2 i unieważnienie postępowania

U podstaw odrzucenia oferty Odwołującego 2 legła rzekoma niezgodność oferty z treścią SIWZ w następującym zakresie:

1. macierze NetApp FAS2650 nie obsługują wymaganych 400 dysków [pkt 7 wymagań dla macierzy do CPD),
2. macierze NetApp FAS2620 nie obsługują wymaganych 400 dysków [pkt 7 wymagań dla macierzy do ZPD),
3. macierze NetApp FAS2650 nie obsługują dysków z interfejsem SATA/NL-SAS (pkt 7 wymagań dla macierzy do CPD),
4. macierze NetApp FAS2620 nie obsługują dysków z interfejsem SAS (pkt 7 wymagań dla macierzy do ZPD),

5. macierze NetApp FAS2620 nie obsługują dysków SSD o pojemności 1600 GB (pkt 7 wymagań dla macierzy do ZPD).

Z powyższymi twierdzeniami Odwołujący się nie zgadza.

Stosownie do postanowień opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, Etap I - Dostawa urządzeń - Macierz do CPD, pkt 7: *„Macierz musi zawierać 48 dysków 1,8 TB; 5A510K, wspierać dyski SSD 800 GB, 960 GB, 1600 GB, 3800 GB, SAS 900 GB, 1200 GB, 1800 GB, SATA/NL-SAS 4TB, 6 TB, 8 TB, 10 TB. Musi mieć możliwość rozbudowy o kolejne dyski aż do 400 dysków oraz rozbudowę do modeli wyższych”*. Analogiczny zapis znajduje się w tabeli zatytułowanej „Macierz do ZPD” (wraz z uwzględnieniem modyfikacji punktu 7 z dnia 19.09.2017).

Urządzenia zaoferowane przez Odwołującego 2, tj. macierze NetApp FAS2620 oraz NetApp FAS 2650 spełniają wszystkie te wymagania.

Zamawiający wymagał, aby macierze miały możliwość rozbudowy o kolejne dyski, aż do 400 dysków. Macierze zaoferowane przez Odwołującego spełniają ten wymóg, gdyż umożliwiają rozbudowę o kolejne dyski. Jak wynika z danych zawartych na stronie internetowej producenta sprzętu, maksymalna ilość dysków obsługiwanych przez każdą z oferowanych macierzy (tj. FAS2620 i FAS2650) wynosi 576, a więc znacznie przekracza ilość dysków wymaganych przez Zamawiającego.

Z punktu widzenia spełnienia wymogu SIWZ nie ma znaczenia, że jeden węzeł (2 kontrolery) macierzy NetApp FAS2620 i NetApp FAS2650 obsługuje maksymalnie 144 dyski, co zdaniem Zamawiającego oznacza brak możliwości rozbudowy macierzy do wymaganych 400 dysków. Rozbudowa macierzy o dodatkowe dyski może bowiem odbyć się poprzez dodanie dodatkowych kontrolerów. Takie rozwiązanie jest zgodne z przyjętą praktyką, przy czym dodanie dodatkowych kontrolerów nie wpłynie w żaden sposób na funkcjonalność macierzy, która z punktu widzenia użytkowników systemu stanowi w takim przypadku wciąż jedno urządzenie.

Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ w jaki sposób może być dokonywana rozbudowa macierzy o dodatkowe dyski. SIWZ nie zawierała w tym względzie jakichkolwiek dalszych wytycznych i nie precyzowała tego zapisu. W szczególności Zamawiający nie wyłączył możliwości rozbudowy macierzy o dodatkowe dyski poprzez dodanie dodatkowych kontrolerów. Co więcej, interpretację taką potwierdza treść pkt 2 OPZ, wskazująca na wymóg rozbudowy macierzy do klastra 6 kontrolerów.

Zamawiający nie może na obecnym etapie dokonywać doprecyzowania SIWZ poprzez stawianie dodatkowych wymagań, nie wynikających explicite z treści SIWZ. Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie i doktrynie poglądem, wszelkie niejasności SIWZ należy zawsze tłumaczyć na korzyść wykonawcy. W tym stanie rzeczy uznać należy, że obie

oferowane przez Odwołującego 2 macierze mają możliwość rozbudowy do 576 dysków, w związku z czym podstawy odrzucenia oferty Odwołującego 2 są bezzasadne.

Odnosząc się z kolei do kwestii spełniania wymogów w zakresie współpracy macierzy z określonymi rodzajami dysków, wskazać należy, że badając ofertę Odwołującego Zamawiający dokonał błędnych ustaleń, opierając się na niepełnych lub nieprecyzyjnych opisach właściwości sprzętu. Tymczasem, jak wynika ze szczegółowej analizy informacji zawartych na stronie producenta sprzętu:

1. macierze NetApp FAS2650 wspierają dyski z interfejsem SATA/NL-SAS (pkt 7 wymagań dla macierzy do CPD),
2. macierze NetApp FAS2620 wspierają dyski z interfejsem SAS (pkt 7 wymagań dla macierzy do ZPD),
3. macierze NetApp FAS2620 wspierają dyski SSD o pojemności 1600 GB (pkt 7 wymagań dla macierzy do ZPD).

Tym samym przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego 2, o których mowa w pkt 3-5 są całkowicie bezpodstawne.

Mając na względzie fakt, że odrzucenie ofert w postępowaniu, w tym oferty Odwołującego 2, stanowiło bezpośrednią przyczynę unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), czynność ta została dokonana z naruszenie przepisów i jako taka nie może się ostać.

Na marginesie Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty Odwołującego powinien wezwać go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Co prawda przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje uprawnienie zamawiającego do wezwania wykonawcy do wyjaśnień, jednak zgodnie z poglądem ugruntowanym w orzecznictwie i literaturze przedmiotu zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień, jeżeli w związku z powziętymi wątpliwościami zamierza dokonać odrzucenia oferty.

Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Intros ze względu na niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie oferowanego rozwiązania

Jak wynika z tabeli na stronie 2 oferty wykonawcy Intros, w zakresie typu oferowanych urządzeń zaoferował on urządzenia „FAS2650, HA System, Premium Bundie, UPS” oraz „FAS2620HA System, Premium Bundle, UPS”.

Wskazanie w nazwie na urządzenie UPS powinno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

W OPZ, w pkt 2 tabeli „Macierz do CPD” oraz w odpowiednio w pkt 2 tabeli „Macierz do ZPD” Zamawiający wymagał, aby „*podczas braku zasilania, dane nie zapisane na dyski, przechowywane w pamięci muszą być zabezpieczone za pomocą podtrzymania bateryjnego przez minimum 72 godziny lub przez zrzut pamięci Cache na Flash*”. Nie ulega wątpliwości,

że UPS jest typem urządzenia stanowiącego zasilacz awaryjny. Oznaczenie „UPS” jest w branży informatycznej jednoznaczne i dotyczy wyłącznie tego rodzaju urządzeń.

Oznacza to, że wykonawca Intros w celu spełnienia wymogu zabezpieczenia danych za pomocą podtrzymania bateryjnego zaoferował rozwiązanie oparte o UPS, czyli zasilacz awaryjny. Podkreślenia jednak wymaga, że tego typu urządzenie nie współpracuje z macierzami NetApp FAS2620 i NetApp FAS2650, w związku z czym nie może funkcjonować prawidłowo. Innymi słowy wykonawca zaoferował rozwiązanie w zakresie infrastruktury sprzętowej nie spełniające wymagań SIWZ.

Jednocześnie gdyby nawet uznać, że oznaczenie „UPS” nie dotyczy urządzenia zasilającego należałoby stwierdzić, że wykonawca Intros zaoferował urządzenie nieistniejące, gdyż brak jest w obrocie urządzeń o nazwie „FAS26S0, HA System, Premium Bundle, UPS” oraz „FAS2620, HA System, Premium Bundle, UPS”. Za całkowicie nieracjonalne należy jednak uznać wyjaśnienia tego wykonawcy, udzielone na wezwanie Zamawiającego, jakoby oznaczenie UPS miało dotyczyć firmy kurierskiej.

W tym stanie rzeczy Zamawiający winien był dokonać odrzucenia oferty wykonawcy Intros również z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ w powyższym zakresie. Stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 3 Zamawiający zobowiązany jest do podania podstawy faktycznej i prawnej czynności odrzucenia oferty. Na zamawiającym spoczywa obowiązek uwzględnienia i wskazania wszystkich okoliczności uzasadniających czynność odrzucenia oferty / wykluczenia wykonawcy. Jest to o tyle istotne, że kształtuje sytuację prawną uczestników postępowania, a tym samym ma istotny wpływ na jego wynik. Nie jest zatem wystarczające poprzestanie na jednej czy kilku wybranych podstawach do dokonania danej czynności. W tym stanie rzeczy Zamawiający powinien rozszerzyć podstawy odrzucenia oferty wykonawcy Intros o wskazane okoliczności.

Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Intros ze względu na rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia

W dniu 18.10.2017 r., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał wykonawcę Intros do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, niemniej jednak Odwołujący stoi na stanowisku, że wykonawca Intros nie wykazał i nie mógł wykazać należyście, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę. Powyższe wskazuje, że Zamawiający dokonał niewłaściwej oceny wyjaśnień wykonawcy Intros, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia jego oferty, naruszając tym samym art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W tym postępowaniu najistotniejszym składnikiem kosztotwórczym jest zakup sprzętu: dwóch macierzy, jednej biblioteki, oraz zakup oprogramowania do backupu. Oficjalny kanał dystrybucji rozwiązań IT, którego wymaga Zamawiający w każdym z tych

przypadków zgodnie z zapisami § 2 punktu 8 wzoru umowy, wyklucza udział poddostawcy rozwiązań. Taka polityka ma na celu pełen monitoring sprzętu, jego rejestrację u klienta końcowego, oraz gwarancję jakości dostawy i sprzętu w układzie dystrybutor- partner- klient, po to by w układzie dystrybutor - partner -partner- klient, nie wymieniano podzespołów, nie modyfikowano rozwiązań jakościowych, a wreszcie żeby można było ustalić użytkownika końcowego.

Zgodnie z zasadami legalnego kanału dystrybucji kalkulacje cenowe winny pochodzić od zidentyfikowanych i nazwanych dystrybutorów. Dystrybucja z kolei ma klarowne i przejrzyste zasady polityki cenowej, w której wielkość upustów jest znana każdemu profesjonalnemu uczestnikowi rynku. Z ogólnodostępnych źródeł wynika, że dystrybutorem producenta sprzętu zaoferowanego przez wykonawcę Intros są dwie firmy: Fujitsu i Arrow ECS, które są zobowiązane do monitorowania obrotów towarami podwójnego zastosowania, a dane te są ogólnie znane wszystkim uczestnikom rynku.

Również upusty cenowe są znane i przyznawane według standardów, zatem cena zakupu poszczególnych rozwiązań w ofercie dla profesjonalnego uczestnika rynku nie może stanowić żadnej tajemnicy. Oferty posiadają standardowy upust na poziomie do max 40% oraz dodatkowy rabat w zależności od tego, jakim statusem partnerskim dysponują oferenci. Wiedzę swoją Odwołujący wynosi z 3 letniego doświadczenia jako partner biznesowy firmy NetApp o statusie GOLD. Spółka działa 11 lat na rynku, z czego od 6 sprzedaje rozwiązania NetApp. Jest nie tylko partnerem biznesowym, ale także użytkownikiem tych rozwiązań ze względu na posiadane własne Centrum Przetwarzania Danych.

Jednym słowem, ze względu na specyfikę produktu podwójnego zastosowania sprzęt NetApp musi być kupiony w oficjalnym kanale dystrybucji, gdzie zgodnie z ustawą o produktach podwójnego zastosowania jest monitorowany zgodnie z prawem. Obowiązek ten został nałożony na oficjalne kanały dystrybucji zobowiązane do monitorowania i kontroli obrotów tego typu sprzętu. Niedopuszczalne jest tworzenie tzw. „łańcuchów sprzedaży”.

Jak wynika z ustaleń Odwołującego, wykonawca Intros nie przedstawił oszacowania kosztów realizacji przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wycen z oficjalnych kanałów dystrybucji, które są jawne i transparentne. Przedstawienie przez firmę Intros wyceny z oficjalnego kanału dystrybucji nie jest możliwe, gdyż obaj dystrybutorzy zgodnie przyznali, że podmiot ten o taką wycenę się nie zwracał. Jeżeli zatem kalkulacja cenowa została sporządzona przez prywatnego partnera biznesowego firmy ITM, to nie może być ona wiarygodna, rzetelna i kompletna, skoro nie jest potwierdzona przez żaden oficjalny kanał dystrybucji. Wątpliwa jest także wiarygodność takiej oferty, która mogłaby pochodzić od partnera handlowego firmy NetApp, który jest zobowiązany do przestrzegania zasad sprzedaży wymaganych w umowie partnerskiej z producentem zakazujących tego typu praktyk.

Powyższe okoliczności w sposób jednoznaczny wskazują, że kalkulacja cenowa firmy Intros, nie może być wiarygodna i rzetelna. Na marginesie Odwołujący 2 zauważył, że poddostawca nie został wykazany w ofercie, nie może być zidentyfikowany i zgodnie z oficjalnym oświadczeniem woli zgodnym z ofertą Intros nie istnieje.

Konkludując, wykonawca Intros powinien w momencie składania oferty dysponować warunkami oferty z oficjalnego kanału dystrybucji i przedstawić te warunki w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Powody braku możliwości wylegitymowania się przez firmę Intros oficjalną wyceną do tego konkretnego postępowania, winny budzić niepokój Zamawiającego, co do faktycznej zdolności do realizacji zadania przez firmę, a w każdym razie powinny skutkować uznaniem, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca Intros nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W konsekwencji wykonawca Intros nie dokonał prawidłowej wyceny oferty, nie uwzględniając w szczególności kosztów zakupu urządzeń za pośrednictwem oficjalnego kanału dystrybucji. Zważywszy na pozycję rynkową tego wykonawcy nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez niego cenę. Zaoferowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, co uzasadnia odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Intros w przedmiocie rażąco niskiej ceny

Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Zgodnie z ust. 3 powyższego artykułu, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W ocenie Odwołującego 2 wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Intros w dniu 25.10.2018 r. nie zasługiwały na utajnienie, w szczególności w zakresie, w jakim dotyczyły kalkulacji ceny w oparciu o koszty nabycia urządzeń wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymagał, aby wszystkie dostarczane urządzenia oraz oprogramowanie pochodziły z oficjalnego kanału dystrybucji. Mając na względzie fakt, że oficjalne kanały dystrybucji urządzeń oferowanych przez wykonawcę Intros są powszechnie znane, zaś cenniki dystrybutorów publicznie dostępne, wyjaśnienia w powyższym zakresie nie spełniają legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż obejmują informacje

ujawnione do wiadomości publicznej. Zakup sprzętu i oprogramowania stanowi przy tym główny składnik kosztotwórczy związany z realizacją przedmiotu zamówienia, co dodatkowo wskazuje, że utajnienie całości wyjaśnień wykonawcy Intros nie znajduje uzasadnienia.

Zgodnie z ugruntowanym poglądem wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu powołanej wyżej ustawy, któremu to wymogowi wykonawca Intros nie sprostał, przedstawiając ogólnikowe uzasadnienie zastrzeżenia poufności informacji objętych pismem ws. rażąco niskiej ceny. Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być jedynie określone informacje, a nie dokument jako całość. Zamawiający powinien zatem szczegółowo rozważyć, czy i które spośród informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Intros powinny zostać ujawnione. Niewątpliwie zaniechanie ujawnienia informacji nie zasługujących na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowi naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Intros ze względu na czyn nieuczciwej konkurencji

Konsekwencją okoliczności wyżej okoliczności, jest stwierdzenie Odwołującego 2, że złożenie oferty w postępowaniu przez wykonawcę Intros stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze jest ono równoznaczne z oferowaniem świadczeń po cenie dumpingowej, poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia. Po drugie zaś, wykonawca ten oferuje rozwiązania nie pochodzące z oficjalnego kanału dystrybucji, co jest sprzeczne z praktyką rynkową, dobrymi obyczajami, a w szczególności z wymaganiami Zamawiającego określonymi we wzorze umowy.

Nie jest też możliwe uzyskanie oferty w legalnym kanale dystrybucji ważnej na dzień składania ofert bez ubiegania się o nią. Odsprzedaż w systemie partner - partner prowadzi do powstawania szarej strefy i utraty kontroli nad gwarancją dostawy, przy czym odbywa się z naruszeniem prawa, gdyż urządzenia wchodzące w skład przedmiotu zamówienia stanowią tzw. produkty podwójnego zastosowania. Tego rodzaju produkty podlegają odpowiednim procedurom kontroli i monitorowania sprzedaży.

Kontrole obrotu zostały zharmonizowane na poziomie Unii Europejskiej. W tym zakresie zostało wydanych kilka rozporządzeń unijnych, z czego podstawowe to rozporządzenie Rady (WE) nr 428/2009 z dnia 5 maja 2009 r. ustanawiające wspólnotowy system kontroli wywozu, transferu, pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania. Rozporządzenie to ma bezpośrednie zastosowanie w każdym kraju Unii Europejskiej i nie wymaga odrębnej implementacji do porządku prawnego poszczególnych państw Unii Europejskiej. Jest ono bardzo ważne, gdyż wprowadza m.in. listę towarów podwójnego zastosowania. Technologia służąca do produkcji, rozwoju oraz użytkowania tych towarów również jest kontrolowana. W Polsce obrót towarami i technologią podwójnego zastosowania jest dodatkowo regulowany ustawą z dnia 29 listopada 2000 r. o

obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Do tejże ustawy zostało opublikowanych również szereg rozporządzeń wykonawczych. W świetle tych regulacji odsprzedaż w nieoficjalnym kanale dystrybucji partner - partner, a konkretnie dokonanie obrotu (w tym transferu technologii) bez zezwolenia jest niedozwolone i sankcjonowane.

W rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania tych reguł - obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy, gdyż działanie firmy Intros narusza interes innych przedsiębiorców.

Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Intros w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się:

- 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i nie dyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
- 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z rozdz. V pkt 1.2.3. SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, wykazania, że w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonawca wykonał należycie co najmniej 2 dostawy obejmujące swoim zakresem dostawę macierzy wraz z wdrożeniem o wartości nie mniejszej niż 650 000 zł brutto każda.

W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca Intros powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - spółki S4E S.A. z siedzibą w Krakowie, która złożyła oświadczenie o udostępnieniu wykonawcy Intros zasobów w zakresie wiedzy o doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia pn. dostawa serwerów, przełączników LAN, przełączników SAN oraz macierzy firmy Huawei dla spółki 3Shape Poland sp. z o.o.

Jak wynika z JEDZ podmiotu trzeciego - spółki S4E S.A. w wykazie dostaw potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wskazano: „Dostawa serwerów, przełączników LAN, przełączników SAN oraz macierzy firmy Huawei”.

Jednocześnie w JEDZ wykonawcy Intros wskazano na ww. doświadczenie zapożyczone od firmy S4E, przy czym wykonawca Intros oświadczył, że zamówienie zrealizowane na rzecz spółki 3Shape Poland sp. z o.o. obejmowało dostawę macierzy wraz z wdrożeniem.

Tego rodzaju wzmianka ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, bowiem Zamawiający wymagał doświadczenia obejmującego realizację dostaw wraz wdrożeniem. Jak wynika z treści zobowiązania oraz JEDZ podmiotu trzeciego, spółki S4E S.A., jak również z ustaleń Odwołującego, zamówienie na rzecz spółki 3Shape Poland sp. z o.o., na które powołuje się wykonawca Intros, nie obejmowało wdrożenia. Tym samym wykonawca Intros, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, podał w JEDZ nieprawdziwe informacje. Okoliczności te, w tym jednoznaczna treść dokumentów pochodzących od spółki S4E S.A. wskazują, że działanie wykonawcy Intros miało charakter zamierzonego działania.

Powyższe prowadzi do ziszczenia się przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Ponadto, nawet gdyby uznać, że podanie nieprawdziwych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, Zamawiający winien był wykluczyć wykonawcę w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Nadmienić należy, że jakkolwiek postępowanie prowadzone było w procedurze odwróconej (art. 24 aa ustawy Pzp), Zamawiający może i powinien dokonać wykluczenia wykonawców w każdym czasie, gdy tylko poweźmie wiedzę o wystąpieniu przesłanek uzasadniających taką czynność. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający od początku był w posiadaniu informacji niezbędnych do wykluczenia wykonawcy Intros z postępowania.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący 2 wnoszą jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, złożonych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołania na rozprawę.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwoływających interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwoływający złożyli w postępowaniu oferty, a Zamawiający po raz drugi unieważnił całe postępowanie. Odwoływający domagają się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. Ponadto Odwoływający 2 wskazuje, że miała miejsce nieprawidłowa ocena ofert, zarówno w zakresie podmiotowym, potwierdzającym spełnianie ustalonych warunków udziału w postępowaniu, jak też w zakresie przedmiotowym, odnoszącym się do zgodności treści oferty Intros z treścią SIWZ. Ustalenie, że Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp przeprowadził ocenę ofert i unieważnił postępowanie skutkowałoby koniecznością nakazania Zamawiającemu unieważnienia takich czynności, czego efektem może być uzyskanie przez Odwoływających zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do żadnego z odwołań nie złożono przystąpień.

Na rozprawie Odwoływający podtrzymali stanowiska wyrażone w odwołaniach, przedstawiając dodatkowy materiał dowodowy. Zamawiający złożył pisemne odpowiedzi na odwołania, w których wnosił o ich oddalenie w całości.

Na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w załączniku nr 1 do umowy (stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ) zamieszczono Szczegółowy opis przedmiotu umowy - dla macierzy do CPD i odpowiednio dla macierzy do ZPD, który określał następujące wymagania:

- Lp. 2 - *Macierz musi posiadać dwa kontrolery wyposażone przynajmniej 36GB cache każdy, 512GB pamięci flash na kontroler akceleracji odczytów lub dodatkowy cache o pojemności 2 TB na kontroler realizowany za pomocą dysków SSD skonfigurowanych w RAID 10 z min. 6 dysków. Macierz musi umożliwiać poszerzenie pamięci Cache za pomocą dysków SSD do 4TB natomiast funkcjonalność SSD Cache nie może być*

realizowana przy pomocy dysków SSD w formie Tieringu. Podczas braku zasilania, dane nie zapisane na dyski, przechowywane w pamięci muszą być zabezpieczone za pomocą utrzymania baterijnego przez minimum 72 godziny lub poprzez zrzut pamięci Cache na Flash. Macierz musi pozwalać na rozbudowę do klastra 6 kontrolerów.

- Lp. 7 - *Macierz musi zawierać 48 dysków 1,8 TB, SAS 10K lub mniejsze dającą tą samą pojemność RAW, wspierać dyski SSD z przedziału od 400GB do 3200GB lub o większej pojemności, dyski SAS z przedziału od 900 TB do 1800GB, dyski SATA/NL-SAS z przedziału od 4 TB do 10TB. Musi mieć możliwość rozbudowy o kolejne dyski aż do 400 dysków oraz rozbudowę do modeli wyższych.*

W ramach prowadzonego postępowania oferty złożyło trzech wykonawców. Wykonawcy zaoferowali macierze NetApp FAS2650, NetApp FAS2620 (obaj Odwołujący) oraz Huawei OceanStore 5500 V3 (wykonawca Advatech).

Zamawiający pismem z dnia 2 listopada 2017 roku zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy, ponieważ jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Decyzja ta została unieważniona wyrokiem KIO z dnia 24 listopada 2017 roku (sygn. akt KIO 2375/17).

Następnie w dniu 2 marca 2018 roku ponownie poinformował o unieważnieniu postępowania, wskazując jako podstawę unieważnienia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp tj. wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu. Zamawiający dokonał również odrzucenia dwóch pozostałych w postępowaniu ofert (obu Odwołujących) zaznaczając, że są one sprzeczne w treści z treścią SIWZ i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający wskazał na następujące niezgodności oferty:

- 1) macierze NetApp FAS2650 nie obsługują wymaganych 400 dysków (punkt nr 7 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - wymagań dla macierzy do CPD),
- 2) macierze NetApp FAS2620 nie obsługują wymaganych 400 dysków (punkt nr 7 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wymagań dla macierzy - wymagań dla macierzy do ZPD),
- 3) macierze NetApp FAS2650 nie obsługują dysków z interfejsem SATA/NL-SAS (punkt 7 wymagań dla macierzy do CPD),
- 4) macierze NetApp FAS2620 nie obsługują dysków z interfejsem SAS (punkt 7 wymagań dla macierzy do ZPD),
- 5) macierze NetApp FAS2620 nie obsługują dysków SSD o pojemności 1600GB (punkt 7 wymagań dla macierzy do ZPD).

W tym zakresie skład orzekający Izby uznał, że oba złożone odwołania zasługiwały na uwzględnienie a odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp miało charakter nieprawidłowy.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że Zamawiający w odrębnych punktach opisu przedmiotu zamówienia opisał wymogi podstawowe dla macierzy, która podstawowo miała składać się z dwóch kontrolerów o określonych parametrach. Dalej macierz miała umożliwiać rozbudowę do klastra 6 kontrolerów, następnie określono, że macierz ma wspierać wymienione rodzaje dysków i macierz musi mieć możliwość rozbudowy o kolejne dyski aż do 400 dysków i rozbudowę do modeli wyższych (podkreślenie Izby).

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w żadnym miejscu nie precyzował, że możliwość rozbudowy macierzy ma przyjąć model rozbudowy jedynie w oparciu o dwa kontrolery, do których należy dokładać kolejne dyski, aż do 400. Przeczą temu zapisy OPZ już w punkcie związanym z dwoma kontrolerami, z których wprost wynika, że Zamawiający zakłada możliwość budowy klastra do 6 kontrolerów. W ocenie Izby zapisy SIWZ dopuszczały model rozbudowy zaoferowany przez obu Odwołujących oparty o dołożenie zarówno kontrolerów oraz dysków do osiągnięcia wymaganej ich ilości. Słusznie Odwołujący zauważyli, że Zamawiający po prostu nie opisał modelu rozbudowy, wskazując jakie rozwiązanie preferuje. Przyjąć zatem należało, że zaoferowanie każdego rozwiązania, które umożliwi osiągnięcie wymaganej ilości dysków po rozbudowie macierzy spełniało będzie wymagania SIWZ. Zamawiający zostawił więc wykonawcom pewną dowolność, swobodę w wyborze rozwiązania, które realizowało będzie zakładany cel.

Nie można zgodzić się z opinią Zamawiającego, że zapisy SIWZ nakazywały przycięcie modelu rozbudowy macierzy w oparciu o 2 kontrolery do osiągnięcia liczby 400 dysków. Sformułowanie, że macierz „*musi mieć możliwość rozbudowy o kolejne dyski aż do 400 dysków oraz rozbudowę do modeli wyższych*” nie odnosiło się do dwóch kontrolerów, ale w ocenie Izby dotyczyło właściwości urządzenia jako takiego. Należało więc zaoferować taki rodzaj macierzy, który umożliwi rozbudowę do 400 dysków, bez względu na to, czy uwzględniała będzie ona dwa, czy większą liczbę kontrolerów. Po prostu postanowienia SIWZ pozwalały wykonawcom na pewną swobodę w określeniu treści oferty do opisu przedmiotu zamówienia, co jednocześnie nie czyni zapisów SIWZ nieprecyzyjnymi i nie pozwala na porównanie ofert. Zamawiający stara się czytać zapisy SIWZ zawężająco, podczas gdy Wykonawcy zastosowali nawet nie wykładnię rozszerzającą, ale literalną treści SIWZ. Przy czym zauważyć należy, że Zamawiający nie zaprzeczał, że zaoferowane urządzenia FAS 2620 i FAS 2650 posiadają możliwość rozbudowy o kolejne dyski. Być może sposób rozbudowy macierzy w oparciu o 2 kontrolery był oczekiwanym rozwiązaniem przez Zamawiającego, jednak to oczekiwanie nie znalazło odzwierciedlenia w opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, że przyjęte przez Odwoływających rozwiązanie jest nieprawidłowe, niemożliwe do zrealizowania. W ocenie Izby Zamawiający odrzucając oferty jako niezgodne w treści z treścią SIWZ skupił się na swoich oczekiwaniach, których nie wyraził w SIWZ wprost. To jednak nie uprawnia strony zamawiającej do podjęcia tak szeroko zakrojonych działań zmierzających do odrzucenia ofert, w następstwie czego unieważniono postępowanie. Odwoływający nie zaprzeczali, że oferowane urządzenie przy użyciu dwóch kontrolerów pozwala na rozbudowę do 144 dysków. Potwierdzają to zarówno sporządzona przez Zamawiającego ekspertyza, jak też informacje wynikające ze strony producenta macierzy – firmy NetApp złożone przez samych Odwoływających. Jednakże użycie większej liczby kontrolerów pozwala na rozbudowę macierzy aż do 567 dysków, co także wynika ze wspomnianego materiału dowodowego. Zamawiający na rozprawie i w odpowiedzi na odwołania wiele miejsca poświęcił na opis swoich potrzeb, że preferowane przez niego rozwiązanie pozwoli na oszczędność miejsca i zmniejszy koszty eksploatacji urządzeń. Niestety żaden z tych wymogów nie znalazł się w zapisach SIWZ, trudno więc oczekiwać od Wykonawców, by domyślali się jakie rzeczywiste intencje przyświecały Zamawiającemu przy tworzeniu opisu przedmiotu zamówienia i czy oferta w tym zakresie odpowiada nie wyrażonym wprost potrzebom Zamawiającego. Wykonawcy, kierując się wprost zapisami SIWZ, zaoferowali rozwiązanie w pełni zgodne z tymi zapisami, de facto wypełniające potrzeby Zamawiającego ale w inny sposób, z czego nie można tworzyć zarzutu niezgodności treści ofert z treścią SIWZ.

W tym zakresie Izba uznała, że nie jest konieczne przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki, na okoliczność zgodności oferowanego przez Odwoływających sprzętu z wymaganiami SIWZ. Podstawą rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów była interpretacja zapisów SIWZ, nie zachodziła konieczność skorzystania z wiedzy o charakterze specjalnym, dlatego też wniosek Odwoływającego Intros o przeprowadzenie takiego dowodu uznano za zbędny i niezasadny.

Co do zarzutów dotyczących faktu, że zaoferowane macierze nie obsługują wymienionych w SIWZ rodzajów dysków i nie obsługują dysków o określonej pojemności, to złożony przez Odwoływających materiał dowodowy, w tym oświadczenia producenta macierzy NetApp wraz z wykazem pełnej dokumentacji producenta dostępnej na jego stronach, twierdzeniom Zamawiającego przeczą. Producent potwierdził wyraźnie, że oferowane urządzenia obsługują określone rodzaje i pojemności dysków. Analiza Zamawiającego, której wyniki przedstawiono w złożonej Ekspertyzie odnosiła się do wiadomości umieszczonych na oficjalnej witrynie producenta, mających jednak charakter podstawowy *[„(..) przy opracowaniu ekspertyzy wykorzystana została ogólnie dostępna dokumentacja techniczna i materiały informacyjne na temat oferowanych w postępowaniu macierzy dyskowych (...)*

umieszczone na stronach ich producentów”]. Zamawiający nie zweryfikował, czy informacje tam przedstawione wyczerpują możliwości oferowanych urządzeń. Na rozprawie przyznano, że Zamawiający miał świadomość, że istnieją dwa poziomy sprawdzalności informacji na stronie producenta i dostęp do informacji z poziomu „gościa” nie musi być pełny. Nie podjęto jednak żadnych działań, które umożliwiłyby Zamawiającemu dostęp do pełnych danych. Pytanie zadane producentowi macierzy, firmie NetApp, miało charakter ogólny, nie odnosiło się do rozwiązania wynikającego z ofert Odwołujących. Zamawiający nie wykorzystał także art. 87 ustawy Pzp do uzyskania dodatkowych wyjaśnień od samych wykonawców, celem wskazania oficjalnego i pełnego źródła potwierdzającego wymogi zapisów SIWZ. Choć art. 87 ustawy Pzp nie ma mocy bezwzględnej zastosowania, tym niemniej Zamawiający sprawdzając poprawność ofert winien dążyć do eliminacji wszelkich niejasności ich treści, tym bardziej jeżeli wynikiem takiej analizy ma być podjęcie decyzji o odrzuceniu ofert. Obaj Odwołujący przedstawili natomiast oświadczenia producenta macierzy, z których wynika, że na ogólnodostępnych stronach firmy NetApp nie są widoczne wszystkie wspierane dyski i półki dyskowe. Odwołujący wskazali także źródło zawierające pełną listę wspieranych dysków o określonych pojemnościach. Zamawiającemu nie udało się podważyć wiarygodności złożonych materiałów.

W konsekwencji zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uznała za uzasadnione. Powyższe skutkowało uwzględnieniem obu odwołań i unieważnieniem czynności odrzucenia ofert i unieważnienia postępowania, a także nakazaniem czynności ponownego badania i oceny ofert.

W sprawie zarzutu Odwołującego 2, że zachodzą dodatkowe podstawy odrzucenia oferty wykonawcy Intros jako niezgodnej z treścią SIWZ, ponieważ oferowana macierz nie wypełnia wymogu „podczas braku zasilania, dane nie zapisane na dyski, przechowywane w pamięci muszą być zabezpieczone za pomocą utrzymania baterijnego przez minimum 72 godziny lub poprzez zrzut pamięci Cache na Flash” Izba uznała, że nie zasługiwał on na uwzględnienie.

Jak wynika z treści oferty wykonawca Intros zaoferował urządzenia oznaczając je FAS2620, HA System, Premium Bundle, UPS oraz FAS2650, HA System, Premium Bundle, UPS. Zamawiający analizował te zapisy i zwracał się do wykonawcy Intros o dodatkowe wyjaśnienia w tej kwestii. O ile złożone wyjaśnienia, jakoby zapis „UPS” odnosił się do oznaczenia firmy kurierskiej rzeczywiście uznać należy za mało wiarygodne, o tyle analiza Zamawiającego tego zagadnienia przedstawiona w złożonej Ekspertyzie była prawidłowa. Zamawiający słusznie zauważył, że wymóg podtrzymania baterijnego dotyczył danych znajdujących się w pamięci cash urządzenia. Odwołujący 2 nie negował, że zaoferowane macierze wyposażone są we wbudowany akumulator pozwalający na realizację danej

funkcjonalności. O ile więc dane w pamięci cash będą zabezpieczone przed utratą, o tyle już praca całego urządzenia w przypadku braku zasilania nie podlega podtrzymaniu. W Ekspertyzie podniesiono, że dodanie wpisu o UPS może wynikać z niepełnego zrozumienia wymogu SIWZ, czyli podtrzymania baterijnego dla pamięci cash i odniesienia tego wymogu do całości urządzenia. Wymóg ten nie dotyczył jednak pracy całej macierzy jako urządzenia, która takiego zasilania awaryjnego nie posiada, konieczne byłoby wówczas zastosowanie urządzenia zewnętrznego, np. UPS. Nie można z drugiej strony wywodzić, co próbował udowodnić Odwołujący 2, że wewnętrzne zasilanie bateryjne dla pamięci cash zostało zastąpione urządzeniem zewnętrznym oraz że wykonawca Intros zaoferował urządzenie nieistniejące. Takich dowodów Izbie nie przedstawiono. Ten błędny sposób rozumowania Odwołującego 2 potwierdza złożona przez niego opinia rzeczoznawcy Wojciecha Kamińskiego pt. „Ustalenie rzeczywistych parametrów technicznych urządzeń w odniesieniu do wymogów OPZ w postępowaniu”. Dokument ten ma charakter opinii prywatnej, nie stanowi więc dowodu na okoliczność wymagającą wiadomości specjalnych, w rozumieniu art. 278 § 1 k.p.c., choćby jej autorem była osoba wpisana na listę biegłych sądowych. Taka opinia prywatna jest w zasadzie jedynie „wzmocnieniem” stanowiska strony wiadomościami specjalnymi i stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd [tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 9 maja 2014 r. w sprawie V ACa 895/13 (LEX nr 1474065)]. W ostateczności, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, uznać należałoby, że UPS został zaoferowany jako urządzenie nadmiarowe, co nie ma jednak wpływu na ocenę zgodności rozwiązania oferowanego przez wykonawcę Intros z wymogiem SIWZ.

Izba uznała, że konieczne jest rozpoznanie jako kolejnego zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Intros w przedmiocie rażąco niskiej ceny, ponieważ niewątpliwie możliwość odniesienia się wprost do treści tych dokumentów, ma wpływ na treść uzasadnienia Izby w zakresie kolejnych zarzutów sformułowanych w odwołaniu bezpieczne IT.

W zakresie uwag natury ogólnej, zauważyć należy, iż definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnosnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, skład orzekający Izby uznał, że wykonawca Intros skutecznie zastrzegł informacje wynikające z wyjaśnień odnosnie ceny oferty, a Zamawiający prawidłowo zbadał skuteczność owego zastrzeżenia.

co oznaczało, że zarzut odwołania nie podlegał uwzględnieniu. Przy czym zgodzić należy się z Odwołującym 2, że terminem otwierającym możliwość kwestionowania prawidłowości zastrzeżenia był moment poinformowania wykonawców o wynikach postępowania.

Wykonawca Intros wraz z wyjaśnieniami złożył stosowne uzasadnienie, dlaczego określoną materię dotyczącą ceny jego oferty traktować należy jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawił też w tym zakresie argumentację i załączył dowody uzasadniające zastrzeżenie. Wyjaśnienia te nie były ogólne, szczegółowo wskazywały na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez Wykonawcę środki, aby dana informacja nie była znana ogółowi uczestników postępowania. Odniesiono się do faktu jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy, wyjaśniono, że informacje zawarte w pismach odnoszą się do sposobu kalkulacji ceny oferty, przyjętego sposobu obliczenia stawki osobogodziny, marży wykonawcy, kosztów nabycia niezbędnego oprogramowania oraz kosztów współpracy z partnerami handlowymi.

Wykonawca wskazywał na wewnętrzne regulacje przyjęte w firmie stosownymi regulaminami, załączając wyciąg z postanowień umownych obowiązujący pracowników, którzy przestrzegać muszą zasady poufności. Załączony także został dokument – Polityka Bezpieczeństwa, która ustanawia odpowiednie środki techniczne ochrony danych. Intros opisał w jaki sposób dane informacje są w jego jednostce chronione, przy użyciu jakich systemów, kto i na jakich zasadach ma dostęp do tych elementów. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach powołał się także na zasady poufności wynikające z umów z kontrahentami oraz wskazał własne procedury wdrożone w celu zachowania poufności tych danych.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje posiadające dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny dla danego Zamawiającego. Zawierają ceny cząstkowe wyceny poszczególnych etapów, wyodrębnionych przez wykonawcę i niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wynagrodzeń pracowniczych. Wyjaśnienia odnoszą się do warunków handlowej współpracy między wykonawcą Intros a dostawcami lub poszczególnych urzędzeń. Mogą i posiadają one zatem szczególną wartość gospodarczą ze względu na przywołane tam uwarunkowania rynkowe. Pokazują one sposób budowania ceny, który może być przez konkurencję wykorzystany przy innych zamówieniach o zbliżonym przedmiocie.

Wykonawca określił także liczbowo wartość informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do jego rocznych przychodów, co obrazować może wielkość szkody, jaką wykonawca poniósłby, gdyby dane zawarte w wyjaśnieniach zostały ujawnione.

Wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14). Niewątpliwie z taką informacją mamy w przedmiotowym postępowaniu do czynienia. Analiza ofert złożonych w postępowaniu pokazuje, że choć wykonawcy skorzystali z podobnych źródeł zaopatrzenia, to jeden z nich – być może z uwagi na wynegocjowane warunki szczególne - złożył korzystniejszą cenowo ofertę. Tym samym więc informacja o danym rynku dostawców i zasadach współpracy z tymi dostawcami na zasadzie indywidualnych negocjacji wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności danego wykonawcy.

Zauważyć dalej należy, iż Odwołujący 2 nie wykazał w żaden sposób, że informacje ujęte w wyjaśnieniach firmy Intros mają charakter publiczny, dostęp do nich nie jest utrudniony. Izba dokonując analizy złożonych dokumentów i wyjaśnień, uznała, iż dokumenty te będące zbiorem informacji o sposobie realizacji zamówienia mogą mieć wartość gospodarczą. O ile niektóre informacje, wyrwane z kontekstu całego dokumentu zawierają informacje jawne, o tyle cały zbiór informacji zawartych w wyjaśnieniach obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny, stanowi także pracę koncepcyjną, twórczą, przeprowadzoną na potrzeby konkretnego Zamawiającego.

Rozpoznając zarzut odnoszący się do wyjaśnień cenowych złożonych przez wykonawcę Intros, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut w części potwierdził się.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaofferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej. Ustawodawca nie przewidział bowiem procedury automatycznego odrzucania oferty z najniższą, tudzież najwyższą ceną i wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród pozostałych.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecnictwem europejskim, orzecnictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Zgodnie zaś z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: *jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy,

oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09). Dostrzeżenia niewątpliwie wymaga, iż jeżeli Zamawiający wystosował do wykonawcy wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, bez względu na to czy takie wezwanie było obowiązkowe, czy nie, to winien je ocenić przy zastosowaniu wszystkich reguł wynikających z przepisów ustawy Pzp, a odnoszących się do badania prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (jeżeli takie podano), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia, a także przez pryzmat złożonych dowodów, które wymienione założenia wykonawcy potwierdzają, jak choćby oferty handlowe.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje istotne z punktu kalkulacji zaoferowanej ceny, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące kalkulacji danej ceny, jak również okoliczności, które wpływają na daną cenę uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te

okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Obecnie ustawodawca przesądził tę okoliczność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i ma to mieć miejsce na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia jest teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, a tym samym ryzyku jakie ponosi on w przypadku uznania, iż wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, powinny uwzględniać założenia opisu przedmiotu zamówienia, a także szczegółowo wskazywać na czynniki, które pozwoliły danemu wykonawcy obniżyć cenę jego oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba uznała, iż Zamawiający powinien ponownie wezwać wykonawcę Intros do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny, w tym co najmniej w zakresie poruszonym w odwołaniu Bezpieczne.IT, czyli wyjaśnienia zasad wyceny oferowanego rozwiązania przez partnerów handlowych.

Wykonawca Intros opisał jakiego rodzaju koszty i ryzyka związane z realizacją zamówienia wziął pod uwagę przy kalkulacji ceny ofertowej. Wskazał także na jakiej podstawie dokonana została kalkulacja, na którą składały się oferty sprzedaży z uwzględnieniem cen podstawowych i uzyskanych rabatów, podał koszty dostawy sprzętu, koszty dostawy oprogramowania, koszty wdrożenia i opracowania dokumentacji powykonawczej oraz inne koszty, z wyliczeniem kosztów pracy zespołu osób zaangażowanego do realizacji zamówienia. Wyjaśnienia te mają jednak charakter zbyt ogólnych, nie odnoszą się do konkretnych elementów związanych z przedmiotowym zamówieniem. Wyliczenia tabelaryczne zbiorczo traktują pozycje wyceny, bez rozróżnienia na poszczególne elementy składowe dostaw, które mają najistotniejszy wpływ na wysokość kalkulacji. Twierdzenia te nie zostały także poparte materialnymi dowodami, choćby ofertami otrzymanymi od dostawców obrazującymi wysokość uzyskanych upustów. Pozostałe twierdzenia o bogatym doświadczeniu w branży, profesjonalizmie wykonawcy, długoletniej współpracy z dostawcami przy innych zamówieniach, bogatych kontaktach handlowych, itp. można odnieść do każdego innego wykonawcy, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Każdy także z tych podmiotów dokonał analizy opisu przedmiotu zamówienia i oszacowania potencjalnych ryzyk przy jego realizacji.

Jeżeli Intros zastrzegł informacje stanowiące kalkulację cenową, to nic nie stało na przeszkodzie, by dołączyć do niej lub choćby podać konkretne wysokości uzyskanych rabatów od stałych dostawców. Wykonawca mógł swobodnie udowodnić, że oferowany sprzęt spełnia wymagania SIWZ, to znaczy pochodzi z legalnego kanału dystrybucji, z

określeniem miejsca jego pochodzenia. W dalszej części wyjaśnień wykonawca podaje bowiem konkretne koszty 1 godziny pracy pracownika, co pozwoliło mu wyliczyć koszty osobowe dla zadania. Podano także jakiego rodzaju i w jakiej wysokości ujęto w cenie inne koszty ogólne dla kontraktu. Wykonawca określił wysokość zysku, jaką zamierza osiągnąć i wysokość zakładanej marży. Jednakże całościowy kształt złożonych informacji nie pozwala na przyjęcie tezy, że wyczerpują one wyjaśnienie zagadnienia związanego z kalkulacją ceny ofertowej wykonawcy Intros. Dlatego też w ocenie składu orzekającego Izby, podczas procesu ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający winien ponowić wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ze szczególnym uwzględnieniem okoliczności wskazanych w niniejszym uzasadnieniu oraz odwołaniu wykonawcy Bezpieczne.lt. Z drugiej strony, bez przeprowadzenia dodatkowego postępowania wyjaśniającego, decyzja o odrzuceniu oferty intron z powodu rażąco niskiej ceny na obecnym etapie postępowania byłaby przedwczesna.

Jednocześnie podkreślić należy, że tezy odwołania odnoszącej się do braku pochodzenia sprzętu z legalnego kanału dystrybucji nie można uznać za udowodnioną. Jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, Odwołujący 2 posiłkował się jedynie oświadczeniem jednego z dystrybutorów – firmy Arrow. Nie jest wykluczone, że wykonawca Intros korzysta z dostaw innego podmiotu, który również jest oficjalnym dystrybutorem. Za daleko idące należało także uznać tezy odwołania, że dostawa sprzętu może odbywać się jedynie z zasobów dostępnych na terenie Polski. Akty prawne przywołane w odwołaniu Bezpieczne.IT regulują obrót towarami podwójnego zastosowania na terenie UE, więc takie ograniczenie terytorialne (nawet jeżeli wynika z umów wiążących Odwołującego 2 z jego dostawcami) nie jest uprawnione.

W dalszej części uzasadnienia dostrzeżenia i podkreślenia wymaga, iż w zakresie wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny dopuszczalne i konieczne jest kierowane do wykonawcy wezwania wielokrotnie celem uzyskania wyczerpujących i satysfakcjonujących wyjaśnień w tym zakresie. Tendencję tę potwierdza zarówno orzecznictwo krajowe, tak Krajowej Izby Odwoławczej, czy też sądów okręgowych, jak również orzecznictwo ETS (tak wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1336/17). Zamawiający w przypadku, gdy widzi konieczność uzyskania dodatkowych danych może, a nawet powinien, skierować do wykonawcy dodatkowe wezwanie celem znalezienia źródeł takiego a nie innego poziomu wynagrodzenia. Takie ponowne wezwanie tym bardziej jest konieczne, gdy pierwotna prośba o złożenie wyjaśnień miała charakter ogólny, nie odnosiła się do elementów składowych zamówienia.

Odwołujący 2 w działaniach wykonawcy Intros upatrywał złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na oferowaniu świadczeń po cenie dumpingowej,

poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia, a także oferowaniu rozwiązania nie pochodzącego z oficjalnego kanału dystrybucji, co jest sprzeczne z praktyką rynkową, dobrymi obyczajami, a w szczególności z wymaganiami Zamawiającego określonymi we wzorze umowy.

Izba uznała, że zarzut ten nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Z uwag natury ogólnej wskazać należy, iż ustawa Pzp w zakresie definicji czynu nieuczciwej konkurencji odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł 3 tej ustawy stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyny nieuczciwej konkurencji uważa się: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produkcyjne, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby spełniającej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama.

Dobre obyczaje to swoistego rodzaju normy moralne i zwyczajowe mające zastosowanie m.in. w działalności gospodarczej. Od podmiotów prowadzących działalność gospodarczą oczekuje się szczególnej staranności i profesjonalizmu (rzetelności). Przedsiębiorca zobowiązany jest do przestrzegania reguł uczciwego obrotu (np. określonych w kodeksie dobrych praktyk obowiązujących w danej branży).

Odwołujący 2 tymczasem w sposób bardzo ogólnikowy przedstawił w odwołaniu zarzut naruszenia dobrych obyczajów. Brak wskazania podstawy prawnej, a w szczególności zaniechanie ustalenia znamion konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji powoduje, iż brak podstaw do stwierdzenia prawidłowości argumentacji Odwołującego 2. Adnotacji wymaga fakt, że formułowanie zarzutów w zakresie popełnienia przez wykonawcę rywalizującego o zamówienie publiczne czynu stanowiącego nieuczciwą konkurencję, a w szczególności jeżeli budowany jest on w oparciu o klauzulę generalną z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, powinien być stwierdzony dowodami i nie może opierać się wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości (m.in. wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2740/12).

Odwołujący 2 nie przedstawił wiarygodnych dowodów, na podstawie których można byłoby stwierdzić, że działania i zaniechania wykonawcy Intros noszą znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Jak podkreślał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawiono oświadczenie tylko jednego z dystrybutorów firmy NetApp. Wiedzą powszechną jest, że takich podmiotów jest co najmniej kilka w Polsce, nie odnosząc się już do rynku europejskiego w szerszym rozumieniu. Bez znaczenia dla sprawy pozostają także

warunki umów wiążące Odwołującego 2 z jego partnerami handlowymi, ponieważ warunki te nie muszą być takie same dla każdego podmiotu współpracującego z danym dostawcą. Innych zaś dowodów na nieuprawnione praktyki rynkowe wykonawcy Intros Odwołujący nie przedstawił.

Odwołujący bezpieczne IT podnosił także zarzut, że wykonawca Intros winien zostać wykluczony z postępowania, ponieważ wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu co do wiedzy i doświadczenia.

Izba w składzie rozpoznającym przedmiotowe odwołanie, takiego stanowiska nie podziela i zarzut ten należy uznać za przedwczesny. Przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, iż postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej. Istota tej procedury przejawia się w tym, że Zamawiający może najpierw dokonać oceny prawidłowości przedmiotowej strony złożonych ofert. Ocenia się więc, czy oferty spełniają wymogi opisu przedmiotu zamówienia, czy realizują założenia Zamawiającego co do sposobu realizacji zamówienia, następnie stosując przewidziane w postępowaniu kryteria oceny ofert, Zamawiający ustala ranking wykonawców, wskazując która oferta w tym rankingu jest najkorzystniejsza. Dopiero wówczas tak wyłoniony wykonawca wzywany jest do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie odpowiednich dokumentów wykazujących zasadność oświadczeń wykonawcy złożonych w Jednolity Europejskim Dokumentcie Zamówienia (tzw. JEDZ).

Tym samym w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, także z uwagi na jego unieważnienie, nie badał ani poziomu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani prawdziwości złożonych w JEDZ oświadczeń. Owszem, między treścią JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy Intros a treścią JEDZ tego wykonawcy w rubryce odnoszącej się do warunku wiedzy i doświadczenia można zauważyć pewne rozbieżności. Na tym etapie jednak nie jest możliwe ustalenie, czy wykonawca Intros w sposób zamierzony lub niezamierzony wprowadził lub zamierzał wprowadzić Zamawiającego w błąd celem uzyskania zamówienia. Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, jest to tylko stanowisko strony Odwołującej, nie poparte innym materiałem dowodowym. Nie jest to wiedza dostępna powszechnie i nie są to informacje w jakikolwiek sposób zweryfikowane przez Zamawiającego. Zamawiający nie wzywał wykonawcy Intros do złożenia referencji, czy też wyjaśnień, które potwierdziłyby zapisy JEDZ, nie sposób więc ustalić, czy mają one charakter nie odpowiadający rzeczywistości. Dopiero gdy wyczerpana zostanie procedura określona w art. 26 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp można będzie stwierdzić, czy Odwołujący 2 prawidłowo wskazywał na nieuprawnione działania Intros co do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Z powodów przedstawionych w uzasadnieniu orzeczenia, Izba uwzględniła oba odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 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 ze zmianami), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając uzasadnione koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....