

**WYROK**

**z dnia 16 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **SmallGIS Sp. z o.o., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli, ul. Konstruktorów 2, 67-100 Nowa Sól**

przy udziale wykonawcy **GeoTechnologies Sp. z o.o., ul. Jana Długosza 60, 51-162 Wrocław**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy **GeoTechnologies Sp. z o.o., ul. Jana Długosza 60, 51-162 Wrocław** i odrzucenie jego oferty,
2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli, ul. Konstruktorów 2, 67-100 Nowa Sól** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SmallGIS Sp. z o.o., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli, ul. Konstruktorów 2, 67-100 Nowa Sól** na rzecz **SmallGIS Sp. z o.o., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 Zielonej Górze.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa systemu informacji przestrzennej (GIS) oraz platformy e-usług dla Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli” (znak sprawy ZP/2/2016), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (ogłoszenie o zamówieniu z dnia 6 października 2016 r. – Dz.U./S 347425-2016-PL) przez Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli (dalej „zamawiający”) wykonawca SmallGIS sp. z o.o. z Krakowa złożył odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”] czynności zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty GeoTechnologies sp. z o.o. z Wrocławia (dalej „wykonawca GeoTechnologies”) w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu,
2. zaniechania czynności, polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy GeoTechnologies w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), poprzez:
  - 2.1. zaoferowanie w załączniku nr 6 pn. „Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług” monitora E2216H, który nie spełnia wymogów z SIWZ wskazanych w załączniku nr 5 do SIWZ,
  - 2.2. niezłączenie opisu proponowanego rozwiązania potwierdzającego, że oferowane rozwiązanie w zakresie oprogramowania biurowego typ I spełnia wymagania określone przez zamawiającego wskazane w rozdziale 3.1.4, a wymaganego w rozdziale 3.1.4.12 załącznika nr 5 „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” oraz dodatkowo wskazanie w załączniku nr 9 do oferty błędnej liczby i rodzaju licencji,
  - 2.3. niezłączenie opisu proponowanego rozwiązania potwierdzającego, że oferowane rozwiązanie w zakresie oprogramowania systemowego typ I spełnia wymagania określone przez zamawiającego wskazane w rozdziale 3.1.3., a wymaganego w rozdziale 3.1.3.8 załącznika nr 5 „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia,
3. czynności zamawiającego, polegającej na prowadzeniu negocjacji z wykonawcą GeoTechnologies w zakresie rodzaju monitora, jaki wykonawca chce zaoferować w zamian za monitor pierwotnie wskazany w ofercie, który nie spełnia wymogów SIWZ w sytuacji, kiedy na wezwanie do wyjaśnień wykonawca złożył niczym nie poparte wyjaśnienia, twierdząc bezpodstawnie, że producent dokonał modyfikacji specyfikacji produktu, podczas gdy taka modyfikacja nie miała miejsca i parametry wskazane przez wykonawcę GeoTechnologies zawsze i wyłącznie były przypisane innemu modelowi monitora,

4. czynności zamawiającego, polegającej na poprawieniu rzekomej omyłki w ofercie wykonawcy GeoTechnologies na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podczas, gdy działanie tego wykonawcy było celowe, a złożone w tym zakresie wyjaśnienia świadczą jedynie o świadomej próbie uniknięcia odpowiedzialności za złożenie oferty niespełniającej wymogów SIWZ,
5. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych niesłusznie i bezpodstawnie jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty dotyczących wyjaśnień złożonych przez wykonawcę GeoTechnologies w związku z wezwaniem zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 28 listopada 2016 r. wraz z dowodami w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, które w sposób sprzeczny z ustawą Pzp zostały zastrzeżone przez wykonawcę GeoTechnologies jedynie w celu utrudnienia konkurencji weryfikacji jego oferty, co pociąga za sobą utrudnianie innym podmiotom dostępu do rynku i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
6. zaniechania czynności, polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy GeoTechnologies, która zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca ten nie udowodnił, że jego cena nie jest rażąco niska,
7. zaniechania czynności, polegającej na wykluczeniu z postępowania wykonawcy GeoTechnologies, który przedstawił informacje celowo wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; w sytuacji, gdy dostarczone przez wykonawcę GeoTechnologies wyjaśnienia zawierają nieprawdziwe informacje, a załączone do nich materiały nie pochodzą z oficjalnego źródła producenta, źródło tych informacji jest nieznane, a więc każdy mógł dokonać ich dowolnej modyfikacji, a materiały te zostały przedstawione wyłącznie w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i próby dokonania zmiany treści oferty niezgodnej z SIWZ i wykazania rzekomej omyłki wykonawcy GeoTechnologies.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 8 ust. 1, 2 i 3, poprzez zaniechanie ujawnienia informacji, co do których wykonawca GeoTechnologies nie wykazał, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i poprzez to naruszenie zasady jawności postępowania,
2. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
3. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7, poprzez prowadzenie negocjacji z wykonawcą GeoTechnologies w zakresie zastąpienia monitora niespełniającego wymagań SIWZ innym monitorem,

4. art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7, poprzez bezprawne uznanie, że można „podmienić” na inny, model monitora wskazany w ofercie, a niespełniający wymagań SIWZ i wskazanie tego jako omyłki, którą można poprawić, podczas, gdy zmiana ta jest istotną zmianą w treści składanej oferty i prowadzi do sytuacji, kiedy przyjmując taką interpretację doprowadziłoby to do dopuszczenia do dowolnej modyfikacji wybranych jednostronnie przez zamawiającego ofert i wpływania na ich treść, co wypaczałoby całą istotę przedmiotowego przetargu,
5. art. 89 ust. 1 pkt. 2, 4 (w zw. z art. 90 ust. 2 i 3) i 5, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GeoTechnologies, w sytuacji gdy:
  - 5.1. jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
  - 5.2. zawiera rażąco niską cenę, a złożone wyjaśnienia nie potwierdzają prawidłowości ceny,
  - 5.3. została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
6. art. 91 ust 1, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy GeoTechnologies podczas, gdy oferta ta nie spełnia wymogów ustawy Pzp nie spełnia kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ m.in., poprzez niespełnienie kryterium ceny, która jest rażąco niska i nie zapewnia realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór oferty gwarantujący prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego postawionymi w SIWZ, a wykonawca GeoTechnologies powinien zostać wykluczony z uwagi na wprowadzanie zamawiającego w błąd, który miał istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
7. art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GeoTechnologies, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy GeoTechnologies jako oferty najkorzystniejszej,
2. odtajnienia wskazanych w odwołaniu dokumentów, oświadczeń, załączników,
3. udostępnienia odtajnionych dokumentów wykonawcy GeoTechnologies odwołującemu,
4. wykluczenia wykonawcy GeoTechnologies z postępowania,
5. odrzucenia oferty wykonawcy GeoTechnologies,
6. dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert,

7. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
8. zwrotu na rzecz odwołującego kosztów spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania, w szczególności kosztów wpisu od odwołania.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy GeoTechnologies, kiedy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, poprzez:

- zaoferowanie w załączniku nr 6 pn. „*Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług*” monitora E2216H, który nie spełnia wymogów z SIWZ wskazanych w załączniku nr 5 do SIWZ,
- niezłączenie opisu proponowanego rozwiązania potwierdzającego, że oferowane rozwiązanie w zakresie oprogramowania biurowego typ I spełnia wymagania określone przez zamawiającego wskazane w rozdziale 3.1.4., a wymaganego w rozdziale 3.1.4.12 załącznika nr 5 „*Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia*” oraz dodatkowo wskazanie w załączniku nr 9 do oferty błędnej liczby i rodzaju licencji,
- niezłączenie opisu proponowanego rozwiązania potwierdzającego, że oferowane rozwiązanie w zakresie oprogramowania systemowego typ I spełnia wymagania określone przez zamawiającego wskazane w rozdziale 3.1.3., a wymaganego w rozdziale 3.1.3.8 załącznika nr 5 „*Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia*”,

oraz zarzut dotyczący niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na prowadzeniu negocjacji z wykonawcą GeoTechnologies w zakresie rodzaju monitora, jaki wykonawca chce zaoferować w zamian za monitor pierwotnie wskazany w ofercie, który nie spełnia wymogów SIWZ; w sytuacji, kiedy na wezwanie do wyjaśnień wykonawca złożył niczym nie poparte wyjaśnienia, twierdząc bezpodstawnie, że producent dokonał modyfikacji specyfikacji produktu, podczas gdy taka modyfikacja nie miała miejsca i parametry wskazane przez wykonawcę GeoTechnologies zawsze i wyłącznie były przypisane innemu modelowi monitora, a także zarzut niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na poprawieniu rzekomej omyłki w ofercie wykonawcy GeoTechnologies na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 podczas, gdy działanie tego wykonawcy było celowe, a złożone w tym zakresie wyjaśnienia świadczą jedynie o świadomej próbie uniknięcia odpowiedzialności za złożenie oferty niespełniającej wymogi SIWZ.

## Monitory

Odwołujący podał, że zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ „*Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia*” w pkt. 3.1.2 a Komputery (stacje robocze) wraz z monitorami i zasilaczami UPS wskazał wymagania minimalne dla monitorów (minimalne parametry techniczne), w tym rozmiar ekranu – 27 cali.

Podał także, że w swojej ofercie wykonawca GeoTechnologies wskazał w załączniku

nr 6 pkt 2 Dane dotyczące dostawy urządzeń w pkt. 3.1.2 jako dostarczany monitor model E2216H firmy DELL.

Uzupełnił, że nie jest to jedyny sprzęt tego producenta zaoferowany w ofercie wykonawcy GeoTechnologies, ponieważ zaoferowano również Serwer typu I (wymaganie 3.1.5 ppkt II SIWZ) oraz komputery (stacje robocze).

Odwołujący stwierdził, że wymagania postawione monitorom nie są przypadkowe ani nieistotne. Zdaniem odwołującego głównym powodem tak określonych warunków (parametrów) dla monitorów jest cel w jakim będą wykorzystywane – mają one bowiem służyć przy wykorzystaniu Systemu Informacji Przestrzennej – GIS, co wymaga posiadania sprzętu wysokiej jakości, w tym monitorów o odpowiednim rozmiarze, przeznaczonego dla działań profesjonalistów. Dodał, że pracownicy korzystający z tych monitorów będą pracować na danych przestrzennych i ich wyświetlanie na większych monitorach wpływa na jakość pracy – monitory o wysokiej rozdzielczości, wysokim współczynniku kontrastu oraz dużym kącie widzenia, z podświetleniem LED są przeznaczone dla firm oraz wykorzystywane przy pracy na zaawansowanych aplikacjach. Wyjaśnił, że do takich właśnie aplikacji zaliczane są aplikacje GIS-owe najnowszej generacji.

Odwołujący zwrócił uwagę na wartość jaką stanowią komputery z monitorami, tj., 57 675,00 zł netto, co stanowi prawie 10% (9.64%) wartości netto całej oferty. Oceniał, że zmiana treści oferty w zakresie elementu, który stanowi prawie 10% wartości oferty nie może być uznana za nieistotną.

Odwołujący stwierdził nadto, że monitory stanowią istotny element zamówienia, ich zła jakość lub ich brak, uniemożliwiłby realizowanie zadań, dla których przeznaczony ma być zamawiany system. Stanął na stanowisku, że o ile przykładowo można ominąć szkolenia, czy wsparcie (wskazywane w osobnych pozycjach w ofercie), które stanowią ok. 1% lub mniej co można byłoby uznać za nieistotne, o tyle brak monitorów do codziennej pracy, na których jest wyświetlana zaawansowana aplikacja do nieistotnych nie należy.

Podniósł, że zgodnie z wytyczną w przepisie dotyczącą istotnych zmian trzeba brać pod uwagę całość oferty oraz przedmiot zamówienia oraz jego cel; jednocześnie „ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego, ponieważ to co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie sygn. XII Ga 102/09). Gdyby zatem – wywodził odwołujący – był to jeden monitor,

to można byłoby się zastanowić czy jest istotny, ale i tu mogłoby się okazać że tak.

Odwołujący wskazał, że zamawiający jest zobowiązany, na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp do odrzucenia oferty, w sytuacji kiedy jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż można dokonać w wyjątkowych sytuacjach poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, ale tylko i wyłącznie takiej, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Wskazał także, że pomijając art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie można prowadzić negocjacji z wykonawcą w zakresie treści oferty, co nie podlega żadnym wyjątkom.

Stanął na stanowisku, że nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że zaoferowanie monitora o diametralnie różnych parametrach i ze zdecydowanie innej klasy monitorów jest omyłką. Stwierdził, że obowiązkiem wykonawcy jest dokładnie przygotować ofertę i sprawdzić oferowane produkty.

Uznał, że jest bezspornym, że wykonawca GeoTechnologies zaoferował monitor 22 calowy, niespełniający wymagań postawionych w SIWZ.

Odwołujący, na potwierdzenie odmienności parametrów obydwu monitorów, załączył do odwołania broszury monitora E2216H oraz P2714H.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn akt KIO 1155/16, KIO 1219/16), zgodnie z którym: *„Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 p.z.p.. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.”*

Uzupełnił, że celem nadrzędnym postępowania jest bowiem wybór oferty najkorzystniejszej.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie o sygn. XII Ga 317/09, zgodnie z którym: *„określenie przez zamawiającego norm jakie spełniać mają stosowane przez oferentów środki techniczne ma za zadanie umożliwienie dokonanie oceny faktycznej możliwości spełnienia przez oferentów wymogów zamawiającego, a tym samym umożliwienie mu wybranie najbardziej korzystnej z ofert. Nie wolno przy tym zapominać, iż celem przetargu*

*pozostaje wybór najkorzystniejszej oferty, spośród tych, które już na starcie będą spełniały podstawowe wymogi określone w SIWZ. Nie można zatem przyjąć, iż niezgodność, czy też nie spełnienie wymogów zamawiającego w tym to zakresie mogłaby być usunięta czy uzupełniana bądź to w drodze wzywania (art. 26 ust. 3 p.z.p.) oferenta do dostarczenia nowych charakterystyk środków, a więc w rzeczywistości drogą podmiany tego środka, bądź też uznanie zaoferowanego środka nie spełniającego wymogu z projektu umowy jako omyłki podlegającej sprostowaniu w oparciu o dyspozycję z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., bowiem stanowiłoby to, w tym konkretnym przypadku, naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 p.z.p.) poprzez dopuszczenie do dowolnej modyfikacji wybranych jednostronnie przez zamawiającego ofert i wpływanie na ich treść, co wypaczało by całą istotę przedmiotowego przetargu.”.*

Podkreślił, że podmioty biorące udział w postępowaniu to profesjonaliści, od których wymaga się większej staranności oraz wiedzy merytorycznej na temat składanych ofert – za każdym razem należy pamiętać, że przy ocenie adekwatności treści oferty do wymagań zamawiającego określonych w SIWZ i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględnia się również zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu, obejmującego znajomość przepisów prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym realiów danego segmentu rynku.

*Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”*

Odwołujący podniósł, że przepis ten wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert – wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może bowiem stanowić zmiany oferty, winno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji; nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czy też w wyniku uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy nastąpi zmiana treści oferty.

Podkreślił, że nie można nie brać pod uwagę faktu, że art. 87 ustawy Pzp wskazuje na granice dopuszczalności dokonywania zmian – jeśli bowiem poprawienie omyłki prowadziłoby do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, to są one zabronione.

W ocenie odwołującego podstawową kwestią przy stosowaniu art. 87 ustawy Pzp jest spełnienie łącznie dwóch warunków – poprawia się „omyłkę”, która dodatkowo ma nieistotny wpływ na złożoną treść oferty.

Odwołujący podniósł, że zamawiający, wzywając do wyjaśnień powinien był wnioskować o wyjaśnienie zauważonej niezgodności treści oferty z SIWZ; tymczasem w piśmie z dnia 28 listopada 2016 r. zamawiający założył od razu, że nastąpił błąd w modelu i zapytał, czy model ten posiada 27 calowy ekran.

Podał, że w odpowiedzi zamawiający otrzymał wyjaśnienia, których – wedle odwołującego – żadną miarą nie można uznać za wyjaśnienia zaistnienia omyłki w złożonej ofercie, ponieważ wykonawca twierdzi jakoby producent ogólnoswiatowy wprowadzał na oficjalnych stronach modyfikacje specyfikacji produktów E2216H dostępnych od 1,5 roku na rynku akurat w trakcie trwania postępowania prowadzonego przez zamawiającego, a modyfikacje te dotyczą zamiany specyfikacji pomiędzy urządzeniami niespełniającymi w ogóle wymogów SIWZ, a spełniającymi w całości wymogi SIWZ.

Podniósł, że wykonawca GeoTechnologies nie przedstawił na to żadnych dowodów, a jedynie przedstawił oświadczenie dystrybutora (a nie jak twierdzi producenta – wskazał odwołujący), z którego nie wynika, że DELL sp. z o.o. przedstawiła jego podwykonawcy firmie COMP S.A. ofertę sprzedaży monitorów spełniających wymagania OPZ; w oświadczeniu tym nie jest wskazane, jaki model firma DELL sp. z o.o. zaoferowała jako spełniający wymagania SIWZ.

Odwołujący stanął na stanowisku, że z uwagi na uzyskane przez odwołującego informacje od oficjalnych partnerów DELL, a także informacje z oficjalnych stron producenta, (w tym także archiwalne, które odwołujący załączył do odwołania), że nigdy monitor DELL E2216H nie był produkowany w wersji 27 cali i w dodatku z parametrami, jakie załączono do wyjaśnień, trudno jest przyjąć, że tak podstawowej wiedzy nie posiada wyłączny dystrybutor DELL na Polskę.

Uzupełnił, że uzyskał również archiwalne treści stron producenta DELL, z których jednoznacznie wynika, iż nigdy w historii DELL monitor E2216H nie posiadał wskazanych paramentów, ani też producent nie modyfikował tych parametrów na swoich stronach.

Wyjaśnił, że na każdej stronie producenta zamieszczone są obostrzenia: „*DELL nie odpowiada za błędy edytorskie lub dotyczące zamieszczonych zdjęć produktów.*”

Zdaniem odwołującego wykonawca GeoTechnologies przedstawił wydruk ze strony niewiadomego pochodzenia (uzyskany od podwykonawcy), na którym widoczna jest ścieżka wewnętrzna z lokalnego komputera, z której pochodzi plik całkowicie i dowolnie modyfikowalny. Podkreślił, że nie przedstawiono wydruków, ani adresów www żadnej strony

oficjalnej, na której miały się kiedykolwiek znajdować wskazane parametry.

Według odwołującego z uzyskanych przez niego informacji na oficjalnych stronach DELL nie były dokonywane zmiany specyfikacji produktu E2216H, wobec czego nie ma możliwości, aby sprawdzając produkt przed złożeniem oferty wykonawca lub jego podwykonawca – COMP S.A uzyskali informację o monitorze E2216H w wersji wskazanej przez wykonawcę GeoTechnologies w wyjaśnieniach z dnia 1 grudnia 2016 r., tj. m.in. w wersji 27 cali i parametrami przypisanymi do modelu P2714H.

Odwołujący podał, że produkty o symbolu E2216H zostały wprowadzone do produkcji i dystrybucji w 2015 roku, natomiast monitory o symbolu P2714H zostały wprowadzone w 2013 roku i od tego czasu specyfikacje tych produktów, całkowicie różnych, posiadających odmienną specyfikację i przeznaczonych dla różnych grup odbiorców, są ogólnie dostępne we wszystkich krajach, w których prowadzi sprzedaż DELL.

Wyjaśnił, że na załączonych do odwołania wydrukach znajdują się daty wyraźnie określające, że przed datą składania ofert specyfikacja monitora E2216H nie ulegała zmianie.

Oświadczył, iż uzyskał potwierdzenie, że nigdy monitory E2216H nie były produkowane w wersji 27" i parametrach przytoczonych przez wykonawcę GeoTechnologies.

Dodał, co powinno być wiadome profesjonalistom w branży komputerowej, że DELL stosuje usystematyzowaną symbolikę nazw modeli – pierwsza litera oznacza serię dwie kolejne zaś rozmiar ekranu (odpowiednia ilość cali).

Podkreślił, że nie można zatem mówić o omyłce w nazwach monitora DELL, ale o celowym działaniu wykonawcy GeoTechnologies, który od samego początku zaoferował błędny, niewłaściwy produkt i jedynie skorzystał z możliwości, jaką dał mu zamawiający, pytając czy to nie jest przypadkiem błąd – stąd pojawiły się oświadczenia błędnie przedstawiane (oświadczenie dystrybutora) oraz wydruki niewiadomego pochodzenia, mające świadczyć na korzyść wykonawcy jakoby został wprowadzony w błąd.

Przecza temu – wskazał odwołujący – ogólnodostępne źródła oficjalne oraz oświadczenia podmiotów profesjonalnych w obrocie produktami DELL.

Odwołujący podniósł również, że nie jest prawdą oświadczenie złożone w piśmie z 6 grudnia 2016 r. jakoby obecnie (na wskazany dzień) istniał monitor o „równoważnych”, podanych w wyjaśnieniach z 1 grudnia 2016 r. parametrach o symbolu P2714H.

Oświadczył, że od momentu wprowadzenia na rynek dokładnie takie parametry były przypisane wyłącznie do produktu P2714H.

Powyższe potwierdza w ocenie odwołującego, że działaniem niedopuszczalnym na

podstawie ustawy Pzp było pismo z dnia 5 grudnia 2016 r., w którym zamawiający wezwał do wyjaśnień, żądając jednocześnie podania właściwego, poprawnego modelu oferowanego monitora.

Stwierdził, że w rezultacie został zaoferowany całkowicie inny model monitora od wskazanego pierwotnie w ofercie E2216H, co stanowi niedozwoloną zmianę oferty.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 269/16: *„Wskazać dalej należy, że nawet gdyby przyjąć, iż wskazanie niewłaściwych urządzeń w treści oferty Odwołującego było wynikiem omyłki, to brak było podstaw do poprawienia oferty wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. W ocenie Izby w wyniku złożonych wyjaśnień z dnia 27 grudnia 2015 r. Odwołujący dokonał zmiany treści pierwotnie złożonej oferty. Zaoferował bowiem urządzenia odmienne od pierwotnie wskazanych w treści oferty. Zaoferowanie nowych urządzeń w ramach złożonych wyjaśnień stanowi, w ocenie Izby, istotną zmianą treści pierwotnie złożonej oferty.”*

Przeczy to, wedle odwołującego, idei wprowadzenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który został zapisany *„w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.”* (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie XII GA 429/09).

Podkreślił, że pomimo możliwości wezwania do wyjaśnień, nie mogą one prowadzić do zmiany treści oferty. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. V Ca 1051/10, zgodnie z którym: *„O możliwości poprawienia przez Zamawiającego innych omyłek pisarskich powodujących niezgodność oferty z SIWZ decyduje skala omyłek, liczona rezultatem oferty po ich ewentualnym poprawieniu, w tym znaczeniu, czy po ich naniesieniu treść oferty zostanie istotnie zmieniona, czy też nie. W przedmiotowym przypadku zgodzić się należy ze skarżącym, iż dokonanie, jak tego chce KIO, w pozycjach 3, 10, 11 i 43 kosztorysu poprawek w ofercie, nie byłoby możliwe samodzielnie przez Zamawiającego. Czyli zmuszałoby Zamawiającego do żądania od wykonawcy wskazania sposobu poprawienia oferty oraz wskazania jakie pozycje w kosztorysie i w jaki sposób należałoby zmienić oraz podanie, jakie wartości na miejsce poprawionych należałoby wpisać. Taka zmiana za zmianę nie powodującą istotnych zmian w treści oferty uznana być nie może. Z treści bowiem art. 87 ust. 2 pkt 3 zd. 2 wynika, iż zmiana oferty przez zamawiającego jest dokonywana samodzielnie przez niego bez ingerencji ze strony wykonawcy, a dopiero po dokonaniu poprawek zawiadamia się wykonawcę o ich dokonaniu. W sprawie niniejszej poprawienie błędnych pozycji w kosztorysie oferty zmuszałoby Zamawiającego do prowadzenia swoistych negocjacji*

*przed dokonaniem poprawek, w celu ustalenia jakie pozycje zamiast błędnie wstawionych należałoby wpisać, co odbiera niniejszym pomyłkom przymiot oczywistości i uniemożliwiając samodzielne wprowadzenie poprawek przez zamawiającego sprzeciwia się treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zatem nie mogło zostać dokonane. Prowadzenie negocjacji w celu ustalenia treści poprawek ponadto zaburzyłoby zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, która to zasada jest naczelną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dlatego z oczywistych względów jest taka praktyka jest niedopuszczalna”.*

Opis proponowanego rozwiązania

Odwołujący podał, że zgodnie z wymaganiem zamawiającego zawartym w załączniku nr 5 „Szczegółowy Opis Zamówienia” rozdział 3.1.4.12:

*„Na potwierdzenie, że oferowane oprogramowanie biurowe typ I spełnia wymagania określone przez Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty następujące dokumenty: opis proponowanego rozwiązania potwierdzający, że oferowane rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest do wskazania producenta, sposobu licencjonowania oraz wersji oferowanego oprogramowania biurowego typ I.”*

Podał także, że wykonawca GeoTechnologies jako załącznik nr 9 do oferty załączył dokument o nazwie Oprogramowanie biurowe typu I - opis proponowanego rozwiązania, składając w nim oświadczenie, że oprogramowanie biurowe typu I spełnia wymagania określone przez zamawiającego, nie ma tam natomiast opisu rozwiązania, który miał potwierdzać, że przyjęte rozwiązanie jest zgodne z wymogami SIWZ.

Podniósł, że zamawiający nie wymagał oświadczenia wykonawcy, tylko opisu rozwiązania – są to dwa różne oświadczenia.

Podniósł, że wykonawca GeoTechnologies wskazał rozbieżne sposoby licencjonowania, wpisując: „licencja na 1 użytkownika” oraz „licencja na ... użytkowników 1”, wiersz wyżej pisząc, że dostarcza 1 licencję na stanowisko.

Stwierdził, że zaproponowany produkt w wersji PKC nie jest w ogóle licencjonowany na użytkownika, a jedynie na stanowisko (tzw. sprzęt licencjonowany) zgodnie z warunkami licencjonowania firmy Microsoft.

Odwołujący podniósł nadto, że nie wskazano właściwej ilości dostarczanych materiałów, czyli zgodnej z ilością dostarczanych stacji roboczych – z przedstawionego do oferty załącznika nr 9 wynika, że wykonawca GeoTechnologies zaoferował jedynie 1 licencję.

Wskazał, że brak tego dokumentu nie podlega uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3

ustawy Pzp, co oznacza, że jego brak powoduje niezgodność, a oferta podlega odrzuceniu.

Stanął na stanowisku, że wskazana rozbieżność w oferowanej w załączniku nr 9 oraz formularzu ofertowym liczbie licencji oprogramowania biurowego względem formularza ofertowego stanowić powinna przynajmniej podstawę do wezwania wykonawcy GeoTechnologies do złożenia wyjaśnień, a w konsekwencji tych wyjaśnień potencjalnie nawet podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Odwołujący oświadczył, że taka sama jak powyższa argumentacja dotyczy wymaganego SIWZ opisu proponowanego rozwiązania dla oprogramowania systemowego typ I – wyjaśnił, że wymagane było załączeniu opisu, a nie oświadczenia wykonawcy, co do zgodności z wymaganiami zamawiającego.

Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych niesłusznie jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty dotyczących wyjaśnień złożonych przez wykonawcę GeoTechnologies w związku z wezwaniem zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 28 listopada 2016 r. wraz z dowodami w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, które w sposób sprzeczny z ustawą Pzp zostały zastrzeżone przez tego wykonawcę jedynie w celu utrudnienia konkurencji weryfikacji jego oferty, co pociąga za sobą utrudnianie innym podmiotom dostępu do rynku i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne – jest to podstawowa zasada obowiązująca w całym systemie prawnym w Polsce, jawny jest również, na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, protokół wraz z załącznikami, zaś załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty są jawne od chwili ich otwarcia.

Podał również, że prawodawca zawarł wyjątek od tej zasady w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazując, że: *„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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu”*

Podał nadto, że zgodnie zaś z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r.: „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.”

Tym samym, stwierdził odwołujący, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Podniósł, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżenie tajemnicy jest uzasadnione i spełnia ww. przesłanki w sposób szczegółowy i wyczerpujący; ma to uczynić jednocześnie, bez odrębnego wezwania ze strony zamawiającego, przy składaniu w postępowaniu dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podniósł, że zamawiający ocenia skuteczność poczynionego zastrzeżenia na podstawie uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę, bez prowadzenia w tym zakresie dodatkowego postępowania wyjaśniającego.

Jednocześnie, choć – przyznał odwołujący – przepis literalnie odnosi się do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy uznać, że w razie pojawienia się takich informacji w związku z dalszymi czynnościami, nie podlegają ujawnieniu na analogicznej zasadzie, tzn. wraz z ich złożeniem wykonawca musi wykazać, że mają one walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Powołując się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 306/15, 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 279/15, jak również z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 291/15 wskazał, że aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w tym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który ma obowiązek zarówno wskazać zakres informacji niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazać, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa; niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej; niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oznacza, że de facto wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk.

Ocenił, że prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz prawidłowa ocena

tych zastrzeżeń przez zamawiającego realizuje, zgodnie ze stanowiskiem doktryny, podstawowe zasady zawarte w ustawie Pzp.: „*Gwarancja powszechnego dostępu do informacji o prowadzonych postępowaniach pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców* (Stachowiak M. komentarz do art. 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz., LEX 2014).

Zauważył, że powszechną praktyką wśród wykonawców jest zastrzeżenie bardzo szerokiego wachlarza informacji zawartych w ofercie i załącznikach do niej, tylko po to, by uniemożliwić innym wykonawcom zapoznanie się z ich ofertą; często jest to umyślne działanie wykonawców, którzy mając świadomość, że nie spełniają np. warunków udziału w postępowaniu i licząc na brak dogłębnej w tym temacie analizy ze strony zamawiającego, dokonują zastrzeżenia informacji niespełniających wymagania SIWZ.

W ocenie odwołującego w tym postępowaniu właśnie taka sytuacja miała miejsce – zamawiający dokonał w zakresie złożonych wraz z ofertą wyjaśnień prawidłowego odtajnienia zarówno samego zastrzeżenia tajemnicy, które nie zawierało informacji kwalifikowanych jako tajemnica ani też nie zawierało szczegółowych wyjaśnień przesłanek z ustawy o zwalczaniu konkurencji które miałyby zaistnieć wobec złożonych pism oraz dokumentów, które również nie podlegały utajnieniu.

Oświadczył, że zwrócił się o przekazanie korespondencji z wykonawcą GeoTechnologies prowadzoną do momentu wyboru i otrzymał wszystkie pisma poza wyjaśnieniami dotyczącymi wysokości ceny i dowodami na prawidłowe jej wyliczenia.

Poddał w wątpliwość, czy zostało złożone wraz z nimi nowe zastrzeżenie tajemnicy spełniające wymogi ustawy Pzp.

Podniósł, z uwagi jednak na treść pisma przewodniego w dnia 1 grudnia 2016 r., w którym zawarto zdanie „...*powołując się w tym miejscu na uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione w ofercie, które pozostaje aktualne w zakresie informacji przedstawianych w niniejszym piśmie*”, że być może wykonawca GeoTechnologies nie przedstawił nowego szczegółowego wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy.

W ocenie odwołującego uzasadnienie złożone wraz z ofertą nie kwalifikuje się, jako wykazanie szczegółowe spełnienia przesłanek ustawowych z art. 8 ustawy Pzp, wobec czego pismo z dnia 1 grudnia 2016 r. powinno zostać udostępnione, jako dokument, wobec którego nie wykazano przesłanek utajnienia – dokumenty źle zastrzeżone podlegają zaś odtajnieniu.

Uznał, że jest to o tyle istotna kwestia, że z praktyki rynku wiadomo, iż wykonawcy składając wyjaśnienia ceny nie zawierają w nich żadnych tajnych informacji, które nie podlegają ujawnieniu.

Stwierdził, że firmy z grupy kapitałowej GeoTechnologies (GISPartner) właśnie takie wyjaśnienia składają i były one odtajniane jako nie zawierające żadnych wiadomości tajnych,

na dowód czego odwołujący przedstawił złożone w innym przetargu wyjaśnienia.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy GeoTechnologies, która zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca ten nie udowodnił, że jego cena nie jest rażąco niska;

Odwołujący wskazał, że w zakresie wezwania z dnia 28 listopada 2016 r. do złożenia dowodów oraz wyliczenia składników składających się na cenę zaoferowaną przez wykonawcę GeoTechnologies, bez znajomości treści wyjaśnienia, które zostały w całości zastrzeżone, nie może konkretnie odnieść do kalkulacji, ale biorąc pod uwagę ogólne tendencje wykonawców, w tym praktyki firm należących do tej samej grupy co GeoTechnologies, wysoce prawdopodobnym jest, że wyjaśnienia są ogólnikowe, podające jedynie wybiórcze informacje np. że wykonawca posiada stosowne doświadczenie, które pozwala mu na podanie takiej ceny, albo że posiada szerokie doświadczenie w tej dziedzinie.

Stwierdził, że nie jest to jednak wytłumaczenie, którego wymaga ustawa Pzp w art. 90 ust. 1 i 2, które w szczególności powinno zawierać dowody na poparcie ceny, w tym konkretnym przypadku oferty na sprzęt i inne zaoferowane produkty i usługi.

Podał, że usługi firmy GAMP w ofercie wykonawcy GeoTechnologies wycenione zostały na ok. 1600 zł za miesiąc, podczas, gdy oferta firmy GAMP na usługi spełniające wymagania SIWZ, którą również odwołujący uzyskał wynosiła 3950 zł netto / miesiąc.

Oświadczył, że współpracował już z firmą GAMP i poziom cen tej firmy kształtuje się niezmiennie na tym samym poziomie.

Podkreślił, że to na wykonawcy, którego oferta zawiera cenę rażąco niską spoczywa obowiązek udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, m.in. poprzez złożenie wyczerpujących wyjaśnień wraz z dowodami, że dopełnił wszelkich obowiązków wynikających z ustawy oraz SIWZ (rozd. Rozdział 11 Sposób obliczenia ceny oferty, pkt. 11.1 „*Cenę oferty należy obliczyć uwzględniając wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.*”)

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy GeoTechnologies składającego nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania; w sytuacji, kiedy dostarczone przez tego wykonawcę materiały nie pochodzą z oficjalnego źródła producenta, a więc każdy mógł dokonać ich dowolnej modyfikacji, a materiały te zostały przedstawione wyłącznie w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i próby dokonania zmiany oferty niezgodnej z SIWZ i wykazania rzekomej omyłki wykonawcy GeoTechnologies.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wykonawca GeoTechnologies na wezwanie z dnia 28 listopada 2016r. złożył wyjaśnienia zawierające nieprawdziwe informacje wprowadzające zamawiającego w błąd.

Oświadczył, że nie jest prawdą jakoby dokonywano modyfikacji specyfikacji na stronach producenta, nie ma również żadnego potwierdzenia, że kiedykolwiek informacje przekazane przez wykonawcę GeoTechnologies jako załącznik były opublikowane.

Wskazał, że zgodnie z nowym brzmieniem przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się 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.

Podniósł, że nie jest obecnie konieczne działanie celowe, wystarczy, że wykonawca wykaże się lekkomyślnością lub niedbalstwem. Oceniał, że mieści się tutaj również sytuacja manipulowania sposobem przekazu prawdziwych informacji, które przekazane w sposób prawidłowy wywołałyby zupełnie inny skutek w zachowaniu zamawiającego, w tym wywołują u zamawiającego mylne wrażenie, że oświadczenia wykonawcy są zgodne z oczekiwaniami zamawiającego.

Podał, że nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości; mogą być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę ([w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV, Teza nr 9).

Podniósł, że z literalnego brzmienia przepisu wynika, że przesłanka wykluczenia zachodzi, jeżeli złożono nieprawdziwe informacje, niezależnie od tego, czy było to działanie intencjonalne wykonawcy, czy też niezamierzona omyłka, błąd w ich przekazaniu (M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Teza nr 9).

Podkreślił, że nie może w tym konkretnym przypadku być mowy o niecelowym, nieintencjonalnym działaniu wykonawcy GeoTechnologies, co – zdaniem odwołującego – potwierdzają uzyskane przez odwołującego informacje.

Podsumował, że wykonawca GeoTechnologies zaferował błędny monitor, po czym wprowadził zamawiającego w błąd jakoby jego działanie było wynikiem cudzych działań, wobec czego oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Załączył „print screen” ze stron:

linki do stron archiwalnych:

4 maj 2016

<http://web.archive.org/web/20160504125941/http://accessories.us.dell.com/sna/productdetail.aspx?c=us&l=en&s=bsd&cs~04&sku=210-AGMV>

10 kwiecień 2016

<http://web.archive.org/web/20160410061721/http://accessories.us.dell.com/sna/productdetail.aspx?c=us&l=en&s=bsd&cs=04&sku=210-AGMV>

21 maja 2016

<http://web.archive.org/web/20160521055923/http://accessories.us.dell.com/sna/category.aspx?c=us&categoryid=4009&l=en&s=bsd&~ck=anav&nf=233672-0-15116333&navla=233672~0~15116333>

<http://web.archive.org/web/20160424195339/http://accessories.us.dell.com/sna/category.aspx?c=us&l=en&s=bsd&cs=04&categoryid=7826&~ck=bt>

2 listopada 2014

<http://web.archive.org/web/20141102222011/http://accessories.us.dell.com/sna/productdetail.aspx?c=us&cs=04&l=en&s=bsd&sku=210-ABIH&~tab=specstab>

8 maja 2016

<http://web.archive.org/web/20160508143052/http://accessories.us.dell.com/sna/productdetail.aspx?c=us&l=en&s=bsd&cs=04&sku=210-ABIH>

linki do stron aktualnych

Wersja angielska

<http://www.dell.com/ed/business/p/dell-e2216h-monitor/pd>

Wersja polska

<http://www.dell.com/pl/partner/p/dell-e2216h-monitor/pd>

Wersja angielska

<http://www.dell.com/ed/business/p/dell-p2714h/pd>

Wersja polska

<http://www.dell.com/pl/partner/p/dell-p2714h/pd?~ck=anav>

wyciąg z oferty firmy GAMP

pismo oficjalnego Partnera DELL

wyjaśnienia ceny firmy GIS Partner z przetargu w Ministerstwie Infrastruktury i Budownictwa (MliB).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 9 stycznia 2017 r., załączonego do odwołania pisma Redicreo s.c. z Krakowa z dnia 30 grudnia 2016 r., Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 12 stycznia 2017 r., Wniosku o dofinansowanie projektu z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Osi Priorytetowej 2-5 i 9 oraz Działania 1.3 Regionalnego Programu Operacyjnego – Lubuskie 2020” oraz „Studium Wykonalności Projektu Budowa systemu informacji przestrzennej (GIS) oraz platformy e-usług dla Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli”, korespondencji e-mail (31.12.2016 r. – 04.01.2017 r.) złożonych na rozprawie przez odwołującego, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby

ustalił i zważyła, co następuje.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp częściowo się potwierdził.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający w pierwotnej treści SIWZ nie wskazał wymagań w odniesieniu do monitora zamawianych zestawów komputerowych.

Pismem z dnia 21 października 2016 r. wykonawca Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie zwrócił się do zamawiającego z zapytaniem: „*W punkcie 3.1.2. OPZ Zamawiający umieścić tabelkę ze specyfikacją dla komputerów, ale brak w niej wymagań dla monitorów i zasilaczy UPS*”.

W ramach modyfikacji SIWZ Nr 6 z dnia 8 listopada 2016 r. zamawiający określił minimalne parametry techniczne monitorów, a wśród nich wymóg: „*Rozmiar ekranu Min. 27*”

Przystępujący w załączniku nr 6 „*Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług*” w pkt. 2 „*Dane dotyczące dostawy urządzeń*” w pozycji 3.1.2. w odniesieniu do monitorów komputerów stacjonarnych wskazał model „E2216H” producenta Dell.

Pismem z dnia 28 listopada 2016 r. zamawiający, z powołaniem się na przepis art. 87 ust.1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień: „*czy nie nastąpił błąd w symbolu oferowanego modelu monitora. Czy przedmiotowy monitor posiada 27 calowy ekran ?*”. Dodatkowo zamawiający zastrzegł, że „*W przypadku nie złożenia wyjaśnień w ww. terminie oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp*”.

Przystępujący, w piśmie z dnia 1 grudnia 2016 r., oświadczył: „*Wykonawca wskazał w treści złożonej oferty monitor Dell, model E2216H. Monitor przed dniem złożenia oferty znajdował się na stronie internetowej producenta i posiadał wymagane parametry monitora, w tym przypadku przekątną 27*” - Wykonawca działał w zaufaniu do przedstawionych na stronie producenta informacji, a jednocześnie oferowany sprzęt spełniał wymagania określone w SIWZ. Na dzień dzisiejszy dane dotyczące monitora o powyższym symbolu, wskazywane na stronach producenta, zostały zmodyfikowane i wprowadzono inną specyfikację dla ww. modelu na stronie [www.dell.com](http://www.dell.com). Wydruk ze strony internetowej uzyskany od Podwykonawcy przedkładam w załączeniu do niniejszych wyjaśnień na potwierdzenie iż w dniu 12.11.2016 r. (przed terminem składania ofert przedmiotowym postępowaniu) model wskazany w ofercie spełniał wymagania dokumentacji przetargowej, na dodatkowe potwierdzenie oświadczenie producenta monitora.”

Pismem z dnia 5 grudnia 2016 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego „*o złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty*”, wskazując: „*Z uwagi*

*na podany w Ofercie błędny symbol monitora (...) Zamawiający prosi o podanie właściwego, poprawionego modelu/symbolu oferowanego monitora.”*

W piśmie z dnia 6 grudnia 2016 r. przystępujący oświadczył; „Wykonawca, w ślad za pismem z dnia 1 grudnia 2016 r., wskazuje, że w ofercie podano symbol monitora E2216H, który zgodnie ze specyfikacjami przedstawionymi na stronie internetowej producenta monitora Dell: [www.dell.com](http://www.dell.com), aktualnymi przed terminem składania ofert, spełniał wymagania Zamawiającego dotyczące przekątnej monitora oraz innych parametrów wskazanych w SIWZ dla monitora. Wykonawca jednocześnie wskazuje, że monitor producenta Dell, o parametrach równoważnych do parametrów monitora o symbolu E2216H wykazywanych (i aktualnych) przed terminem składania ofert, nosi na dzień składania niniejszych wyjaśnień symbol P2714H.”

Pismem z dnia 6 grudnia 2016 r. zamawiający zawiadomił przystępującego, iż na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał w ofercie poprawy omyłki, tj. „W Załączniku nr 6 – Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług, pozycja 3.1.2, monitor, w kolumnie Model/symbol poprawił E2216H na P2714H.”

Skład orzekający Izby ustalił, że w treści oferty przystępującego zamawiający nie dokonał poprawy, o której zawiadomił przystępującego w ww. piśmie.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Przystępujący zaoferował monitor E2216H, co do którego utrzymywał, że na dzień składania ofert spełniał wymagania zamawiającego w szczególności co do wielkości monitora, tj. twierdził, że to monitor 27 calowy.

Gdyby rzeczywiście monitor E2216H był, na dzień składania ofert, monitorem 27 calowym to treść oferty przystępującego byłaby zgodna z treścią SIWZ (wymogiem SIWZ w zakresie wielkości monitora) i oferta przystępującego nie mogłaby zostać odrzucona z zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wątpliwości co do wielkości monitora E2216H miał zamawiający, kierując do przystępującego pismo z dnia 28 listopada 2016 r. z zapytaniem „Czy przedmiotowy monitor posiada 27 calowy ekran?”.

Wątpliwości tych przystępujący nie rozwiązał, poprzez załączone do wyjaśnień z dnia 1 grudnia 2016 r. dokumenty.

Podnieść bowiem należy, że oświadczenie Dell Sp. z o.o. z Warszawy (które przystępujący pozyskał od swojego podwykonawcy) nie zawiera żadnych informacji, które potwierdzałyby, że na dzień składania ofert, tj. 16 listopada 2016 r. zaoferowany przez przystępującego monitor E2216H producenta Dell był monitorem 27 calowym. Oświadczenie wskazuje wprawdzie na zgodność oferty, jaką otrzymał Comp S.A. (podwykonawca przystępującego) od Dell co do monitorów z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia

przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie wskazuje jednak na zgodność z wymaganiami SIWZ na konkretny dzień, co w niniejszym stanie faktycznym ma znaczenie kluczowe, a to wobec wprowadzenia przez zamawiającego wymagań co do wielkości monitora dopiero 8 listopada 2016 r. (ogłoszenie o zamówieniu dostępne od 6 października 2016 r.).

Nadto identyfikacja, jakie konkretnie monitory zaoferował Dell podwykonawcy przystępującego nie jest możliwa, ponieważ oferta o nr 52654616/6, która została podana w piśmie Dell Sp. z o.o. z Warszawy z dnia 28 listopada 2016 r. nie została załączona.

Nie została nawet złożona przez przystępującego na rozprawie.

Załączony do wyjaśnień przystępującego z dnia 1 grudnia 2016 r. wydruk na potwierdzenie, że monitor E2216H był monitorem 27 calowym nie może stanowić wiarygodnej podstawy oceny parametrów tego monitora na dzień składania ofert.

Po pierwsze, dlatego że jakość wydruku (wielkość czcionki) uniemożliwia ich pewne odczytanie.

Po drugie, dlatego, że jest częściowo w języku angielskim.

Po trzecie dlatego, że jest to dokument, który ewidentnie nie pochodzi ze stron producenta zagranicznego (Dell), o czym świadczy zarówno brak adresu jakiegokolwiek oficjalnej strony producenta, jak i fakt, że wydruk jest częściowo w języku polskim.

Dostrzeżenia nadto wymaga, że nawet oznaczenia monitora w ofercie przystępującego (E2216H) i podwykonawcy przystępującego (E2216H27") były inne (oferta z dnia 15 listopada 2016 r. załączona do wyjaśnień przystępującego z dnia 1 grudnia 2016 r. – w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), przy czym oznaczenie wskazane w ofercie podwykonawcy nie odpowiada oznaczeniu (E2216H) znajdującemu się na załączonym do wyjaśnień z dnia 1 grudnia 2016 r. (w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) wydruku.

Także ocena zamawiającego była taka, że monitor E2216H nie był 27 calowy skoro na wyjaśnieniach przystępującego z dnia 1 grudnia 2016 r. zamawiający nie poprzestał.

Odwołujący natomiast, poprzez pismo partnera producenta Dell oraz korespondencję e-mail, a także zaprezentowaną argumentację udowodnił, że monitor E2216H nigdy nie był monitorem 27 calowym.

Za wiarygodne uznać należy twierdzenie, że producent Dell stosuje „usystematyzowaną symbolikę nazw modeli”, zgodnie z którą „*Pierwsza litera oznacza serię dwie kolejne zaś rozmiar ekranu (odpowiednia ilość cali)*.” Oznacza to, że monitor E2216H to monitor 22 calowy.

Za sprzeczne z doświadczeniem życiowym uznać należy „istnienie” na stronach

internetowych producenta Dell w kluczowych kilku dniach (co najmniej od 8 listopada 2016 r. do 16 listopada 2016 r.) błędu, polegającego na oferowaniu sprzecznego ze stosowaną przez producenta prostą symboliką 27 calowego modelu E2216H z jednoczesnym „istnieniem” na tych stronach modelu P2714H o tożsamy parametrach i to nie tylko w zakresie wielkości monitora.

Nadto odwołujący złożył na rozprawie odpowiedź wyznaczonego przez producenta Dell partnera (Redicreo), który potwierdził, że monitor E2216H nie był produkowany jako 27 calowy.

W konsekwencji uznania, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawy oferty przystępującego, poprzez zastąpienie monitora E2216H monitorem P2714H oraz wobec uznania, że monitor E2216H nie był w terminie składania ofert monitorem 27 calowym skład orzekający Izby uznał, że przystępujący zaoferował monitor, który nie spełnia wymogów SIWZ co do wielkości monitora, co przesądza o uznaniu, że treść oferty przystępującego jest sprzeczna z treścią SIWZ, a co obligowało zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby za nieprzydatny uznał złożony przez odwołującego akt notarialny (Repertorium A nr 58/2017), ponieważ poprzez treść stron internetowych, których otwarcie poświadczal wykonawca mógł co najwyżej wykazać, że po terminie składania ofert, w dniu otwarcia stron, tj. 12 stycznia 2017 r. producent Dell oferował zarówno monitory E2216H, jak i P2714H o wyspecyfikowanych parametrach, co jednak nie było sporne, tj. ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionowali, że aktualnie oferowane są oba rodzaje monitorów, z których pierwszy jest 22, a drugi 27 calowy.

Skład orzekający Izby nie dopuścił załączonych do odwołania wydruków ze wskazanych stron w języku angielskim („archiwalnych” i „aktualnych”), ponieważ załączone tłumaczenia nie zostały przyporządkowane stronom w języku angielskim.

W odniesieniu do braku w ofercie przystępującego opisu proponowanego rozwiązania potwierdzającego, że oferowane rozwiązanie w zakresie oprogramowania biurowego typ I spełnia wymagania określone przez zamawiającego skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

*W Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 5 do SIWZ) w pkt. 3.1.4. Oprogramowanie biurowe typ I* zamawiający opisał szereg wymagań co do tego oprogramowania (3.1.4.1. – 3.1.4.11.).

W pkt. 3.1.4.12. zamawiający wskazał: „*Na potwierdzenie, że oferowane oprogramowanie biurowe typ I spełnia wymagania określone przez Zamawiającego*

Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty następujące dokumenty: opis proponowanego rozwiązania potwierdzający, że oferowane rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest do wskazania producenta, sposobu licencjonowania oraz wersji oferowanego oprogramowania biurowego typ I”.

Przystępujący wraz z ofertą złożył Załącznik nr 9 – *Oprogramowanie biurowe typu I – Opis proponowanego rozwiązania*, w którym złożył oświadczenie o treści: „Oświadczamy, że oprogramowanie biurowe typu I spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

*Producent – Microsoft*

*Sposób licencjonowania: Licencja z kluczem aktywacyjnym na jedno stanowisko, wersja pudełkowa*

*Dokładna wersja oprogramowania: Licencja na 1 użytkownika*

*Numer produktu T5D-02786 Nazwa produktu: Office Home and Business 2016 Win polish  
Office 2016 Dla użytkowników domowych i małych firm*

*Rodzina oprogramowania*

- Word
- Exel

*Składowe pakietu*

- PowerPoint
- Outlook
- OneNote

Wersja językowa      polska

Wersja produktu      PKC

Typ licencji              Nowa licencja

Licencja na ... użytkowników 1

Strona producenta [www.microsoft.pl](http://www.microsoft.pl)[LINK]”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Bezsporne było to, że wykonawca był zobowiązany złożyć, na potwierdzenie, że oferowane oprogramowanie systemowe typ I spełnia wymagania określone przez zamawiającego, opis proponowanego rozwiązania.

Sporne było to, jak rozumieć należy „*opis proponowanego rozwiązania*”.

Czy, jak chciał tego zamawiający, opis proponowanego rozwiązania to wskazanie producenta, sposobu licencjonowania oraz wersji oferowanego oprogramowania systemowego typ I, czy też, jak twierdził odwołujący, opis proponowanego rozwiązania to informacje, które pozwolą zamawiający stwierdzić, że wyspecyfikowane przez zamawiającego w pkt. 3.1.3.1. – 3.1.3.7.wymagania co do oprogramowania systemowego typu I oferowane

rozwiązanie spełnia.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że prawidłowy jest sposób rozumienia „opisu proponowanego rozwiązania” wskazany przez odwołującego.

Po pierwsze, przemawia za tym literalne brzmienie pkt. 3.1.3.8. – zamawiający ujął swoje oczekiwania w dwóch odrębnych zdaniach, nie wiążąc ich treści np. poprzez wskazanie, że zdanie drugie stanowi uszczegółowienie, doprecyzowanie zdania pierwszego, co pozwoliłoby uznać podanie producenta, sposobu licencjonowania oraz wersji oprogramowania za opis wyczerpujący.

Po drugie, gdyby oczekiwania zamawiającego sprowadzały się do podania przez wykonawcę producenta, sposobu licencjonowania i wersji oprogramowania to zdanie pierwsze byłoby zbędne.

Po trzecie, przemawia za tym cel ustanowionego przez zamawiającego żądania, tj. potwierdzenie spełniania przez oferowane oprogramowanie wymagań zamawiającego, czego wskazanie jedynie producenta, sposobu licencjonowania i wersji oprogramowania nie zapewnia; to treść oferty wykonawcy stanowi podstawę oceny zgodności jej treści z treścią SIWZ, stąd opis oferowanego rozwiązania w ofercie, umożliwiający weryfikację przez zamawiającego tej zgodności jest niezbędny.

Po czwarte, wskazanie producenta, sposobu licencjonowania i wersji oprogramowania stanowi nie tyle opis oferowanego oprogramowania, co jego identyfikację – stanowi treść oferty wskazującą oferowane oprogramowanie.

Po piąte, przemawia za tym fakt, że wszyscy pozostali wykonawcy (poza przystępującym) załączyli do oferty opis w powyższym rozumieniu.

W odniesieniu do wskazania przez przystępującego w załączniku nr 9 do oferty błędnego rodzaju licencji podnieść należy, że swoje twierdzenie, że „produkt w wersji PKC nie jest w ogóle licencjonowany na użytkownika, a jedynie na stanowisko (...) zgodnie z warunkami licencjonowania firmy Microsoft” pozostawił gołosłownym, stąd skład orzekający Izby nie uznał zarzutu w tym zakresie za potwierdzony.

W odniesieniu do wskazania przez przystępującego w załączniku nr 9 do oferty błędnej liczby licencji podnieść należy, że przystępujący dwukrotnie podał, że oferuje licencję dla 1 użytkownika, choć zaprezentował to w różny sposób: I – „Licencja dla 1 użytkownika”, II – „Licencja na ... użytkowników 1”.

W drugim przypadku wpisano po prostu liczbę licencji po słowie „użytkowników” zamiast w miejsce wykropkowane. Jednak w obu przypadkach wskazano cyfrę „1”.

Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że przystępujący, pomimo obowiązku załączenia opisu ograniczył się do podania informacji, które co prawda oprogramowanie identyfikuje, ale nie opisuje. Uzpełnić należy, że oświadczenie własne przystępującego, iż zaferowane oprogramowanie spełnia wymagania określone przez zamawiającego nie może zastąpić opisu, który miał zapewnić zamawiającemu możliwość weryfikacji zgodności oferty przystępującego z SIWZ – to nie wykonawca, ale zamawiający dokonuje badania i oceny ofert na podstawie jej treści.

Skład orzekający Izby wskazuje jednocześnie, że sporny „opis proponowanego rozwiązania” to dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, podlegający uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednak, wobec istnienia podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na innej podstawie, skład orzekający Izby nie nakazał zamawiającemu wezwania przystępującego do uzupełnienia tego opisu. Jak bowiem przewiduje art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwania nie kieruje się w sytuacji, gdy mimo uzupełnienia dokumentu oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

W odniesieniu do niezłączenia przez przystępującego opisu proponowanego rozwiązania potwierdzającego, że oferowane rozwiązanie w zakresie oprogramowania systemowego typ I spełnia wymagania określone przez zamawiającego skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W *Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia* (Załącznik nr 5 do SIWZ) w pkt. 3.1.1. *Oprogramowanie systemowe typ I* zamawiający opisał szereg wymagań co do tego oprogramowania (3.1.3.1. – 3.1.3.7.).

W pkt. 3.1.3.8. zamawiający wskazał: „*Na potwierdzenie, że oferowane oprogramowanie systemowe typ I spełnia wymagania określone przez Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty następujące dokumenty: opis proponowanego rozwiązania potwierdzający, że oferowane rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest do wskazania producenta, sposobu licencjonowania oraz wersji oferowanego oprogramowania systemowego typ I*”.

Przystępujący wraz z ofertą złożył Załącznik nr 8 – *Oprogramowanie Systemowe typu I – Opis proponowanego rozwiązania*, w którym złożył oświadczenie o treści: „*Oświadczamy, że oprogramowanie Systemowe typu I spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Producent – Microsoft*

*Sposób licencjonowania: System operacyjny Microsoft Windows 10 Pro (64-bitowy), wersja polska, OEM firmowy przez producenta, 1 stanowiskowa przypisana do komputera*

*Dokładna wersja oprogramowania: Windows 10 Pro (64-bitowy), wersja polska”.*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Bezsporne było to, że wykonawca był zobowiązany złożyć, na potwierdzenie, że oferowane oprogramowanie systemowe typ I spełnia wymagania określone przez zamawiającego, opis proponowanego rozwiązania.

Sporne było to, jak rozumieć należy „*opis proponowanego rozwiązania*”.

Czy, jak chciał tego zamawiający, opis proponowanego rozwiązania to wskazanie producenta, sposobu licencjonowania oraz wersji oferowanego oprogramowania systemowego typ I, czy też, jak twierdził odwołujący, opis proponowanego rozwiązania to informacje, które pozwolą zamawiającemu stwierdzić, że wyspecyfikowane przez zamawiającego w pkt. 3.1.3.1. – 3.1.3.7. wymagania co do oprogramowania systemowego typu I oferowane rozwiązanie spełnia.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że prawidłowy jest sposób rozumienia „*opisu proponowanego rozwiązania*” wskazany przez odwołującego.

Po pierwsze, przemawia za tym literalne brzmienie pkt. 3.1.3.8. – zamawiający ujął swoje oczekiwania w dwóch odrębnych zdaniach, nie wiążąc ich treści np. poprzez wskazanie, że zdanie drugie stanowi uszczegółowienie, doprecyzowanie zdania pierwszego, co pozwoliłoby uznać podanie producenta, sposobu licencjonowania oraz wersji oprogramowania za opis wyczerpujący.

Po drugie, gdyby oczekiwania zamawiającego sprowadzały się do podania przez wykonawcę producenta, sposobu licencjonowania i wersji oprogramowania to zdanie pierwsze byłoby zbędne.

Po trzecie, przemawia za tym cel ustanowionego przez zamawiającego żądania, tj. potwierdzenie spełniania przez oferowane oprogramowanie wymagań zamawiającego, czego wskazanie jedynie producenta, sposobu licencjonowania i wersji oprogramowania nie zapewnia; to treść oferty wykonawcy stanowi podstawę oceny zgodności jej treści z treścią SIWZ, stąd opis oferowanego rozwiązania w ofercie, umożliwiający weryfikację przez zamawiającego tej zgodności jest niezbędny.

Po czwarte, wskazanie producenta, sposobu licencjonowania i wersji oprogramowania stanowi nie tyle opis oferowanego oprogramowania, co jego identyfikację – stanowi treść oferty wskazującą oferowane oprogramowanie.

Po piąte, przemawia za tym fakt, że wszyscy pozostali wykonawcy (poza przystępujący) załączyli do oferty opis w powyższym rozumieniu.

Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że przystępujący, pomimo obowiązku załączeniu opisu ograniczył się do podania informacji, które co prawda oprogramowanie identyfikuje, ale nie opisuje. Uzupełnić należy, że oświadczenie własne przystępującego, iż zaofertowane oprogramowanie spełnia wymagania określone przez zamawiającego nie może

zastąpić opisu, który miał zapewnić zamawiającemu możliwość weryfikacji zgodności oferty przystępującego z SIWZ – to nie wykonawca, ale zamawiający dokonuje badania i oceny oferty na podstawie jej treści.

Skład orzekający Izby wskazuje jednocześnie, że sporny „opis proponowanego rozwiązania” to dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, podlegający uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednak, wobec istnienia podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na innej podstawie, skład orzekający Izby nie nakazał zamawiającemu wezwania przystępującego do uzupełnienia tego opisu. Jak bowiem przewiduje art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwania nie kieruje się w sytuacji, gdy mimo uzupełnienia dokumentu oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zarzut prowadzenia negocjacji z przystępującym w zakresie rodzaju monitora, jaki wykonawca chce zaoferować w zamian za monitor pierwotnie wskazany w ofercie, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający w pierwotnej treści SIWZ nie wskazał wymagań w odniesieniu do monitora zamawianych zestawów komputerowych.

Pismem z dnia 21 października 2016 r. wykonawca Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie zwrócił się do zamawiającego z zapytaniem: „*W punkcie 3.1.2. OPZ Zamawiający umieścić tabelkę ze specyfikacją dla komputerów, ale brak w niej wymagań dla monitorów i zasilaczy UPS*”.

W ramach modyfikacji SIWZ Nr 6 z dnia 8 listopada 2016 r. zamawiający określił wymagane minimalne parametry techniczne monitorów, a wśród nich wymóg: „*Rozmiar ekranu Min. 27”*”

Przystępujący w załączniku nr 6 „*Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług*” w pkt. 2 „*Dane dotyczące dostawy urządzeń*” w pozycji 3.1.2. w odniesieniu do monitorów komputerów stacjonarnych wskazał model „E2216H” producenta Dell.

Pismem z dnia 28 listopada 2016 r. zamawiający, z powołaniem się na przepis art. 87 ust.1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień: „*czy nie nastąpił błąd w symbolu oferowanego modelu monitora. Czy przedmiotowy monitor posiada 27 calowy ekran ?*”. Dodatkowo zamawiający zastrzegł, że „*W przypadku nie złożenia wyjaśnień w ww. terminie oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp*”.

Przystępujący, w piśmie z dnia 1 grudnia 2016 r. oświadczył: „*Wykonawca wskazał w treści złożonej oferty monitor Dell, model E2216H. Monitor przed dniem złożenia oferty*

znajdował się na stronie internetowej producenta i posiadał wymagane parametry monitora, w tym przypadku przekątną 27" - Wykonawca działał w zaufaniu do przedstawionych na stronie producenta informacji, a jednocześnie oferowany sprzęt spełniał wymagania określone w SIWZ. Na dzień dzisiejszy dane dotyczące monitora o powyższym symbolu, wskazywane na stronach producenta, zostały zmodyfikowane i wprowadzono inną specyfikację dla ww. modelu na stronie [www.dell.com](http://www.dell.com). Wydruk ze strony internetowej uzyskany od Podwykonawcy przedkładam w załączeniu do niniejszych wyjaśnień na potwierdzenie iż w dniu 12.11.2016 r. (przed terminem składania ofert przedmiotowym postępowaniu) model wskazany w ofercie spełniał wymagania dokumentacji przetargowej, na dodatkowe potwierdzenie oświadczenie producenta monitora."

Pismem z dnia 5 grudnia 2016 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego „o złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty”, wskazując: „Z uwagi na podany w Ofercie błędny symbol monitora (...) Zamawiający prosi o podanie właściwego, poprawionego modelu/symbolu oferowanego monitora.”

W piśmie z dnia 6 grudnia 2016 r. przystępujący oświadczył; „Wykonawca, w ślad za pismem z dnia 1 grudnia 2016 r., wskazuje, że w ofercie podano symbol monitora E2216H, który zgodnie ze specyfikacjami przedstawionymi na stronie internetowej producenta monitora Dell: [www.dell.com](http://www.dell.com), aktualnymi przed terminem składania ofert, spełniał wymagania Zamawiającego dotyczące przekątnej monitora oraz innych parametrów wskazanych w SIWZ dla monitora. Wykonawca jednocześnie wskazuje, że monitor producenta Dell, o parametrach równoważnych do parametrów monitora o symbolu E2216H wykazywanych (i aktualnych) przed terminem składania ofert, nosi na dzień składania niniejszych wyjaśnień symbol P2714H.”

Pismem z dnia 6 grudnia 2016 r. zamawiający zawiadomił przystępującego, iż na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał w ofercie poprawy omyłki, tj. „W Załączniku nr 6 – Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług, pozycja 3.1.2, monitor, w kolumnie Model/symbol poprawił E2216H na P2714H.”

Skład orzekający Izby ustalił, że w treści oferty przystępującego zamawiający nie dokonał poprawy, o której zawiadomił przystępującego w ww. piśmie.

Przystępujący, w piśmie z dnia 7 grudnia 2017 r., oświadczył, że „nie sprzeciwia się poprawieniu przez Zamawiającego omyłki”.

Pismem z dnia 22 grudnia 2016 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty przystępującego z ceną 735 540,00 zł jako najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie drugie „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty (...)”.

Podnieść należy, że w pierwszym piśmie zamawiającego do przystępującego z dnia 28 listopada 2016 r. zamawiający zastrzegł, iż „W przypadku nie złożenia wyjaśnień w ww. terminie oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”.

O ile zatem zamawiający uznał, że wyjaśnienia przystępującego nie były wystarczające, co należałoby zrównać z brakiem ich złożenia, to uzasadnionym byłoby oczekiwanie, w świetle zastrzeżenia zamawiającego, podjęcia przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego (abstrahując od oceny dopuszczalności dokonania zastrzeżenia).

Pomimo tego i złożenia przez przystępującego wyjaśnień odnośnie do zaoferowanego monitora, z których jednoznacznie wynikało, że „Monitor przed dniem złożenia oferty znajdował się na stronie internetowej producenta i posiadał wymagane parametry monitora, w tym przypadku przekątną 27”, co winno doprowadzić do zbadania przez zamawiającego kwestii spełniania przez monitor E2216H parametru wielkości na dzień składania ofert, zamawiający skierował do przystępującego kolejne wezwanie, czym zamawiający zapoczątkował niedopuszczalne ustawowo negocjacje, które ostatecznie doprowadziły do zmiany oferowanego monitora na inny i wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Podkreślić należy, że wniosek zamawiającego wyartykułowany w treści drugiego wezwania z dnia 5 grudnia 2016 r., iż przystępujący podał „w Ofercie błędny symbol monitora” stoi w sprzeczności z ww. wyjaśnieniami przystępującego.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut poprawienia omyłki w ofercie przystępującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający w pierwotnej treści SIWZ nie wskazał wymagań w odniesieniu do monitora zamawianych zestawów komputerowych.

Pismem z dnia 21 października 2016 r. wykonawca Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie zwrócił się do zamawiającego z zapytaniem: „W punkcie 3.1.2. OPZ Zamawiający umieścić tabelkę ze specyfikacją dla komputerów, ale brak w niej wymagań dla monitorów i zasilaczy UPS”.

W ramach modyfikacji SIWZ Nr 6 z dnia 8 listopada 2016 r. zamawiający określił wymagane minimalne parametry techniczne monitorów, a wśród nich wymóg: „Rozmiar ekranu Min. 27”

Przystępujący w załączniku nr 6 „Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług” w pkt. 2 „Dane dotyczące dostawy urządzeń” w pozycji 3.1.2. w odniesieniu do monitorów komputerów stacjonarnych wskazał model „E2216H” producenta Dell.

Pismem z dnia 28 listopada 2016 r. zamawiający, z powołaniem się na przepis art. 87 ust.1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień: „czy nie nastąpił błąd w symbolu oferowanego modelu monitora. Czy przedmiotowy monitor posiada 27 calowy ekran?”. Dodatkowo zamawiający zastrzegł, że „W przypadku nie złożenia wyjaśnień w ww. terminie oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”.

Przystępujący, w piśmie z dnia 1 grudnia 2016 r. oświadczył: „Wykonawca wskazał w treści złożonej oferty monitor Dell, model E2216H. Monitor przed dniem złożenia oferty znajdował się na stronie internetowej producenta i posiadał wymagane parametry monitora, w tym przypadku przekątną 27” - Wykonawca działał w zaufaniu do przedstawionych na stronie producenta informacji, a jednocześnie oferowany sprzęt spełniał wymagania określone w SIWZ. Na dzień dzisiejszy dane dotyczące monitora o powyższym symbolu, wskazywane na stronach producenta, zostały zmodyfikowane i wprowadzono inną specyfikację dla ww. modelu na stronie [www.dell.com](http://www.dell.com). Wydruk ze strony internetowej uzyskany od Podwykonawcy przedkładam w załączeniu do niniejszych wyjaśnień na potwierdzenie iż w dniu 12.11.2016 r. (przed terminem składania ofert przedmiotowym postępowaniu) model wskazany w ofercie spełniał wymagania dokumentacji przetargowej, na dodatkowe potwierdzenie oświadczenie producenta monitora.”

Załącznikami do ww. pisma było:

- pismo Dell Sp. z o.o. z Warszawy z dnia 28 listopada 2016 r. o treści: „Dokument wystawiono dla firmy COMP S.A. DELL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (...) oświadcza, że firma COMP S.A. otrzymała od nas ofertę (nr 52654616/6) na monitory spełniające zapisy opisu przedmiotu zamówienia”.
- Wydruk z dnia 12 listopada 2016 r. opisujący, jak się wydaje (wielkość czcionki praktycznie uniemożliwia odczytanie) parametry monitora E2216H, częściowo w języku angielskim, który, co wskazał odwołujący, posiada „ścieżkę wewnętrzną z lokalnego komputera”.

Pismem z dnia 5 grudnia 2016 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego „o złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty”, wskazując: „Z uwagi na podany w Ofercie błędny symbol monitora (...) Zamawiający prosi o podanie właściwego, poprawionego modelu/symbolu oferowanego monitora.”

W piśmie z dnia 6 grudnia 2016 r. przystępujący oświadczył; „Wykonawca, w ślad za pismem z dnia 1 grudnia 2016 r., wskazuje, że w ofercie podano symbol monitora E2216H, który zgodnie ze specyfikacjami przedstawionymi na stronie internetowej producenta monitora Dell: [www.dell.com](http://www.dell.com), aktualnymi przed terminem składania ofert, spełniał wymagania Zamawiającego dotyczące przekątnej monitora oraz innych parametrów wskazanych w SIWZ dla monitora. Wykonawca jednocześnie wskazuje, że monitor producenta Dell, o parametrach

*równoważnych do parametrów monitora o symbolu E2216H wykazywanych (i aktualnych) przed terminem składania ofert, nosi na dzień składania niniejszych wyjaśnień symbol P2714H.”*

Pismem z dnia 6 grudnia 2016 r. zamawiający zawiadomił przystępującego, iż na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał w ofercie poprawy omyłki, tj. *„W Załączniku nr 6 – Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług, pozycja 3.1.2, monitor, w kolumnie Model/symbol poprawił E2216H na P2714H.”*

Skład orzekający Izby ustalił, że w treści oferty przystępującego zamawiający nie dokonał poprawy, o której zawiadomił przystępującego w ww. piśmie.

Przystępujący, w piśmie z dnia 7 grudnia 2017 r., oświadczył, że *„nie sprzeciwia się poprawieniu przez Zamawiającego omyłki”*.

Pismem z dnia 22 grudnia 2016 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty przystępującego z ceną 735 540,00 zł jako najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp *„Zamawiający poprawia w ofercie: (...) 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”*.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający nie miał podstaw do poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. do uznania, że do treści oferty odwołującego wkradła się omyłka, polegająca na jej niezgodności z treścią SIWZ, której poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści tej oferty.

Przede wszystkim podnieść należy, że w przypadku wskazania przez przystępującego monitora E2216H nie można mówić o omyłce, ponieważ przystępujący wskazał po prostu model, który zgodnie z jego wyjaśnieniami, złożonymi w piśmie z dnia 1 grudnia 2016 r., spełniał wymagania zamawiającego – *„Monitor przed dniem złożenia oferty (...) posiadał wymagane parametry monitora, w tym przekątną 27”, (...) oferowany sprzęt spełniał wymagania określone w SIWZ”*.

Wskazanie to nastąpiło zatem w pełni świadomie z tego powodu, że wskazany model, wedle twierdzeń przystępującego, na dzień składania ofert spełniał oczekiwania zamawiającego co do wielkości monitora.

Już jedynie ten fakt przesądza o niedopuszczalności poprawienia oferty przystępującego, ponieważ – wbrew przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – nie mamy do czynienia z omyłkowym działaniem wykonawcy.

W tym miejscu przypomnienia wymaga, że zamawiający bada zgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ na dzień składania ofert. Oznacza to, że zamawiający, badając

treść oferty przystępującego winien wyjaśnić, w związku z oświadczeniem tego wykonawcy, spełnianie przez monitory E 2216H w szczególności parametru wielkości monitora na dzień składania ofert.

Kwestią zupełnie odrębną od powyższej, wykraczającą poza rozpoznawany zarzut, jest dostawa przez wykonawcę oferty najkorzystniejszej na etapie realizacji zamówienia monitorów – „następców” monitorów, które zostały wskazany w ofercie.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zmiana zaoferowanego modelu monitora (przyjmując, że ten w ofercie nie spełnia wymagań SIWZ) musiałaby zostać zakwalifikowana jako zmiana istotna.

Wskazać należy, że w Formularzu ofertowym (zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem) w pkt. 2 tabeli „Dostawa sprzętu i oprogramowania narzędziowego GIS” ppkt 1.1. „Sprzęt: Komputery (stacje robocze) wraz z monitorami i zasilaczami UPS” wykonawcy mieli podać cenę łączną dla tej pozycji. Cena podana przez przystępującego w jego ofercie dla tej pozycji to 57 675,00 zł, co stanowi 9,64 % ceny całkowitej wynoszącej 598 000,00 zł.

Odrębne traktowanie w tej pozycji monitorów jest niedopuszczalne nie tylko z tego względu, iż dopiero zestaw komputerowy (stacja robocza i monitor) jako całość jest niezbędny do realizacji celów, dla których system informacji przestrzennej GIS jest przez zamawiającego zamawiany, co podnosił odwołujący na rozprawie odwołując się do „Wniosku o dofinansowanie projektu z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Osi Priorytetowej 2-5 i 9 oraz Działania 1.3 Regionalnego Programu Operacyjnego – Lubuskie 2020” oraz do „Studium Wykonalności Projektu Budowa systemu informacji przestrzennej (GIS) oraz platformy e-usług dla Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli”, ale także z tego względu, iż ustalanie odrębnej ceny ofertowej przystępującego dla monitorów po terminie składania ofert byłoby sprzeczne z zasadami, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo zauważenia wymaga, że zamawiający i przystępujący nie zakwestionowali twierdzenia odwołującego z rozprawy, iż „monitory z serii „E” są 3 razy tańsze niż monitory z serii „P”.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych niesłusznie i bezpodstawnie jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty dotyczących wyjaśnień złożonych przez przystępującego w związku z wezwaniem zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 28 listopada 2016 r. wraz z dowodami w zakresie elementów

mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, czym zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przystępujący złożył ofertę, zastrzegając załączniki nr 6-10 jako zawierające informacje stanowiące tajemnice jego przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenia tajemnicy zawarł na prawie 2 stronach (1,5):

- przywołał treść przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując, że wynika z niego prawo zastrzeżenia informacji, jeżeli stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- przywołał treść art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazując trzy przesłanki, jakie łącznie musi spełnić informacja, aby można ją było zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
- po powyższym oświadczył, że *„nie może ulegać wątpliwości, że wszystkie zastrzeżone przez Wykonawcę informacje (...) posiadają „wartość gospodarczą”*,
- wskazał, że *„treści związane z opisem oferowanych rozwiązań Wykonawcy, parametrów technicznych oferowanego sprzętu, czy zabezpieczeń technicznych i organizacyjnych zawartych w polityce bezpieczeństwa w zakresie dostawy usług Data Center”* są informacjami o charakterze technicznym oraz technologicznym,
- wniósł o nieujawnienie informacji.

Pismem z dnia 24 listopada 2016 r. zamawiający poinformował przystępującego, że począwszy od dnia 28 listopada 2016 r. odtajni informacje zawarte w Załącznikach, z wyjątkiem informacji zawartych w Załączniku nr 7 (opis zabezpieczeń technicznych i organizacyjnych zawartych w polityce bezpieczeństwa Data Center).

Pismem z dnia 28 listopada 2016 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, a to wobec faktu, że *„Oferowana przez Wykonawcę cena całkowita oferty jest niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia, ustalonej zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, która powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 1 371 450,00 zł”*.

Pismem z dnia 1 grudnia 2016 r. przystępujący złożył wyjaśnienia liczące 11 stron oraz załączniki (w liczbie 6) liczące 9 stron.

Strona pierwsza to zastrzeżenie *„Materiał poufny Nie udostępniać”* i odwołanie się, jako pozostającego aktualnym, do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionej w ofercie.

Strony 2-4 to *„Wyjaśnienia przesłanek zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa*

*wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny”.*

Przystępujący ponownie przywołał treść przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, podał jak powszechnie rozumie się „technologiczny charakter informacji”, przywołał orzecznictwo Sądu Najwyższego. Nadto oświadczył, że informacje zawarte w wyjaśnieniach *„są informacjami przetworzonymi, przygotowanymi specjalnie na potrzeby konkretnego postępowania w odniesieniu do poszczególnych elementów cenotwórczych, kosztów osobowych, sposobów organizacji pracy, dostępnych technologii, ofert podwykonawczych, ryzyk i marży. Informacje te mają charakter organizacyjny i handlowy, posiadają doniosłą wartość gospodarczą, dlatego podlegają szczególnej ochronie (...).”*

Uznał, że *„informacje zawarte w zastrzeganych dokumentach niewątpliwie mają charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny jeśli idzie o przedsiębiorstwo Wykonawcy, i jednocześnie dla celów prowadzonego postępowania mają niewątpliwie autorski, twórczy i zindywidualizowany charakter – zostały wytworzone dla celów prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stanowią wyraz posiadanej przez Wykonawcę wiedzy i doświadczenia.”*

Oświadczył, że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości – podał, że konsekwentnie zastrzega powyższego rodzaju informacje we wszystkich postępowaniach. Zadbał o poufność m.in. poprzez zobowiązania swoich pracowników, współpracowników oraz kontrahentów do zachowania informacji w poufności, a także poprzez ustalenie obowiązku zapłaty wysokich kar umownych w przypadku naruszenia klauzul dotyczących poufności.

Uzupełnił, że *„system informatyczny, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem”, „ograniczył liczbę osób znających treść zastrzeżonych dokumentów do niezbędnego minimum”, u przystępującego „są wdrożone procedury mające na celu ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa”, „podejmując działania zmierzające do zachowania poufności ww. dokumentów (...) zapewnił środki techniczne i organizacyjne”.*

Strony 5-11 to *„Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny”.*

Załącznik nr 1 to oferta innego podmiotu (4 strony).

Załącznik nr 2 to oferta innego podmiotu (1 strona).

Załącznik nr 3 to oferta innego podmiotu (1 strona).

Załącznik nr 4 to ujęte w tabeli wyliczenia własne przystępującego.

Załącznik nr 5 to ujęte w tabeli wyliczenia własne przystępującego.

Załącznik nr 6 to oferta innego podmiotu (1 strona) – podmiot jak w Załączniku nr 3.

Zamawiający nie odrzucił oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 (tj. z tego powodu, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia).

Dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej (informacja z dnia 22 grudnia 2016 r.)

Pismem z dnia 22 grudnia 2016 r. odwołujący złożył zamawiającemu „*Wniosek o udostępnienie protokołu i załączników do protokołu*”, wskazując, że oczekuje kopii treści korespondencji, w tym wniosków o wyjaśnienie, uzupełnienie kierowanych przez zamawiającego do przystępującego i odpowiedzi na nie.

W złożonej przez zamawiającego do Izby dokumentacji postępowania brak jest notatek lub protokołów na okoliczność udostępnienia oczekiwanych informacji, niemniej jednak w toku rozprawy nie było sporne, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu ani uzasadnienia zastrzeżenia przez przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, ani samych wyjaśnień.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Ustawodawca w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp dopuścił odstępstwo od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zastrzegając jednakże obowiązek zastrzegającego informacje wykonawcy wykazania, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślenia wymaga, że decyzja zamawiającego o pozostawieniu informacji w poufności zapada na podstawie wyjaśnień wykonawcy co do istnienia przesłanek w tym zakresie, nie zaś w oderwaniu od nich, na podstawie samodzielnej analizy zamawiającego zastrzeganych informacji i ich charakteru.

W ocenie składu orzekającego Izby wyjaśnienia przystępującego nie są wystarczające dla uznania, że przystępujący, jak wymaga tego przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykazał, iż zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po pierwsze, w swoich wyjaśnieniach przystępujący ogranicza się do przywoływania treści przepisów, wskazania sposobu ich rozumienia, odwoływaniu się do orzecznictwa, co nadaje tym wyjaśnieniom jedynie walor uwag wstępnych, uniwersalnych.

Po drugie, w swoich wyjaśnieniach przystępujący prezentuje własne oceny, kwalifikacje i przekonania, nie dostarczając zamawiającemu wiedzy i informacji, które do tych ocen, kwalifikacji i przekonań doprowadziły przystępującego.

Po trzecie, przystępujący zastrzega informacje o różnym charakterze (technicznym, technologicznym, organizacyjnym, handlowym), traktuje je zbiorczo, bez powiązania z konkretnymi informacjami znajdującymi się na dalszych stronach.

Po czwarte, przystępujący powołuje się na różnego rodzaju podjęte przez siebie działania mające na celu zachowanie informacji w poufności, pozostawiając wszystkie swoje twierdzenia gołosłownymi.

Po piąte, przystępujący posługuje się sformułowaniami ogólnej natury

i niedookreślonymi („system informatyczny (...) odpowiednio zabezpieczony”, „ograniczył liczbę osób znających treść zastrzeżonych dokumentów do niezbędnego minimum”), które to sformułowania w żaden sposób nie pozwalają zamawiającemu na weryfikację istnienia przesłanek zastrzeżenia informacji.

Nie sposób także doszukać się aktualności uzasadnienia zastrzeżenia informacji załączonego do oferty skoro w ofercie przystępujący odnosił się do „*treści związanych z opisem oferowanych rozwiązań Wykonawcy, parametrów technicznych oferowanego sprzętu, czy zabezpieczeń technicznych i organizacyjnych zawartych w polityce bezpieczeństwa w zakresie dostawy usług Data Center*”, których wyjaśnienia przy piśmie z dnia 1 grudnia 2016 roku w ogóle nie zawierają.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Jednocześnie jednak, wobec nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego, skład orzekający Izby odstąpił od nakazania zamawiającemu odtajnienia złożonych przez przystępującego wyjaśnień z dnia 1 grudnia 2016 r., uznając to na obecnym etapie na za zbędne – kwestia ta nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, która zawiera rażąco niską cenę nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zamawiający, wzywając przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie wskazał, które elementy cenowe w ofercie tego wykonawcy budzą jego wątpliwości. Podał jedynie, że „*Oferowana przez Wykonawcę cena całkowita oferty jest niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia, ustalonej zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, która powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 1 371 450,00 zł. Cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ.*”

Podnieść przy tym należy, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania przez zamawiającego nie nakładał na zamawiającego (jak miało to miejsce wcześniej) obowiązku uruchomienia procedury wyjaśnień w przypadku konkretnej różnicy pomiędzy ceną wykonawcy a powiększoną o wartość podatku VAT szacunkową wartością zamówienia (tj. np. o 30%).

Brak wskazania przez zamawiającego, które elementy cenowe w ofercie przystępującego budzą wątpliwości należy uwzględnić przy ocenie wyjaśnień wykonawcy, który pozbawiony wiedzy co do źródła wątpliwości zamawiającego mógł przyjąć stopień

szczegółowości wyjaśnień, który mógł odbiegać od nie wyartykułowanych oczekiwań zamawiającego. Zasadnie mógł oczekiwać, że o ile stopień szczegółowości wyjaśnień nie będzie dla zamawiającego wystarczający, zamawiający „dopyta” o dalsze, jeszcze bardziej szczegółowe informacje.

Wyjaśnienia zostały zastrzeżone przez przystępującego jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tych wyjaśnień w poufności zostało przez zamawiającego, na dzień rozpoznania odwołania, utrzymane.

Skład orzekający Izby na podstawie złożonych przez przystępującego wyjaśnień uznał, że przystępujący, poprzez oferty swoich podwykonawców (Załączniki nr 1-3 i 6) udowodnił wysokość zaoferowanej ceny w zakresie części zamówienia przewidzianych do realizacji przez te podmioty.

Wykazał także, poprzez zaprezentowanie przejrzystych, spójnych, kompleksowych i wiarygodnych wyliczeń (tabela stanowiące Załączniki nr 4 i 5) wysokość ceny w zakresie części zamówienia realizowanej siłami własnymi przystępującego.

Dodatkowo wskazał czynniki wpływające na wysokość zaoferowanej ceny (np. korzystanie z gotowych już komponentów oprogramowania, wykorzystanie bezpłatnego oprogramowania typu open source, brak konieczności ponoszenia dodatkowych nakładów inwestycyjnych związanych z prowadzeniem objętej przedmiotem zamówienia usługi).

Za nieuzasadnioną uznaje także skład orzekający Izby ocenę złożonych przez przystępującego wyjaśnień przez pryzmat „*ogólnych tendencji Wykonawców*”, których wyjaśnienia są ogólnikowe i wybiórcze, ponieważ ocena musi być każdorazowo dokonywana na podstawie wyjaśnień i dokumentów załączanych w odpowiedzi na konkretne wezwanie zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania wykluczeniu z postępowania przystępującego, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że w przedmiotowym stanie faktycznym przyjęcie przez przystępującego, że monitor E2216H firmy Dell, wbrew wyraźnemu oznaczeniu („22”) jest monitorem 27 calowym było wynikiem braku starannego działania przy przygotowaniu treści składanej oferty w części dotyczącej oferowania sprzętu komputerowego pochodzącego od podwykonawcy.

Staranność ta winna być przez przystępującego wzmożona w sytuacji, gdy na późnym pewnym etapie postępowania (modyfikacja nr 6 z dnia 8 listopada 2016 r.), dopiero na tydzień przed terminem składania ofert (16 listopada 2016 r.) zamawiający wprowadził wymagania w zakresie parametrów monitora, a przystępujący korzystał z podwykonawców w zakresie dostawy sprzętu komputerowego. Wymagało to od przystępującego sprawdzenia i ewentualnej korekty zapytań ofertowych (opis sprzętu, którego zapytanie dotyczyło) skierowanych przez przystępującego do podwykonawcy przed wskazaną modyfikacją, a także weryfikacji ujętego w ofercie podwykonawcy sprzętu w szczególności pod kątem wprowadzonych na późnym etapie postępowania wymagań dla monitora.

Staranna weryfikacja winna doprowadzić przystępującego do wniosku, iż model E2216H firmy Dell, ze względów, o których mowa w zarzucie dotyczącym zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest modelem 27 calowym

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp *„Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się: (...) 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”*.

Kwalifikując brak starannego działania przystępującego jako niedbalstwo stwierdzić należy, że w przedmiotowej sprawie spełniła się przesłanka wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

O istotnym wpływie przedstawionych przez przystępującego zamawiającemu informacji w zakresie wielkości monitora świadczy fakt wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy przystępujący zaoferował monitor 22 calowy, a nie – jak wymagał zamawiający – 27 calowy.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Skład orzekający Izby wskazuje nadto, że nie można przypisać zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Składając ofertę przystępujący nie był wykonawcą wykluczonym stąd nie można twierdzić, że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

To w przetargu ograniczonym wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania – art. 51 ust. 2 ustawy Pzp, wobec czego złożenia oferty przez takiego wykonawcę obligowałoby zamawiającego do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Zarzut niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru jako najkorzystniejszej oferty

przystępującego w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu potwierdził się.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutu zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego, o czym mowa była powyżej, skład orzekający Izby uznał, że potwierdził się zarzut niezgodnego z przepisami wyboru oferty najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit. b) 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 zm.).

**Przewodniczący:** .....