

Sygn. akt: KIO 2427/12

**WYROK**

**z dnia 19 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2012 r. przez wykonawcę **NextiraOne Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-805 Warszawa, ul. Chmielna 85/87** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową nr 4226 w Warszawie, 04-470 Warszawa, ul. Marsa 110,**

przy udziale:

1. wykonawcy **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 41 g** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2427/12 po stronie zamawiającego,
2. wykonawcy **LOGON S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, 85-077 Bydgoszcz, ul. Świętojańska 3/2** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2427/12 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę NextiraOne Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-805 Warszawa, ul. Chmielna 85/87 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NextiraOne Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-805 Warszawa, ul. Chmielna 85/87** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy **NextiraOne Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-805 Warszawa, ul. Chmielna 85/87** na rzecz **Jednostki Wojskowej nr 4226 w Warszawie, 04-470 Warszawa, ul. Marsa 110** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa nr 4226 z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę terminali wideokonferencyjnych”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2012 r., nr 2012/S 133-221328.

W dniu 26 października 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę NextiraOne Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, zwanym dalej „wykonawcą Comarch”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 5 listopada 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 5 listopada 2012 r.) wobec czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców – Comarch oraz wykonawcę LOGON S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, zwanego dalej „wykonawcą LOGON”, pomimo iż oferty te są niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,
2. art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu dokumentacji postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp,
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy LOGON do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo iż wykonawca w złożonej ofercie nie wykazał spełniania warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. udostępnienia pełnej treści oferty wykonawcy Comarch, jako że informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty tego wykonawcy nie posiadały statusu tajemnicy przedsiębiorstwa, a w części – niezależnie od wcześniejszego statusu – w okolicznościach zaistniałych w niniejszym postępowaniu, utraciły status tajemnicy

przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej toku – odrzucenia ofert wykonawców – Comarch i LOGON jako niezgodnych z treścią SIWZ,
4. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z ostrożności procesowej odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. udostępnienia pełnej treści oferty wykonawcy Comarch z powodów opisanych powyżej,
2. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. wezwania wykonawcy LOGON do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
4. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty wykonawców: LOGON i Comarch z treścią SIWZ odwołujący podniósł m.in., iż sprzęt oferowany przez wykonawcę LOGON jest niezgodny z wymaganiami zamawiającego (w 12 wskazanych przez odwołującego pozycjach), odwołując się do stron internetowych producenta zaoferowanego sprzętu. Z identycznych powodów – w jego ocenie - odrzuceniu podlega oferta wykonawcy Comarch.

Odnośnie zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów odwołujący podniósł m.in., iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci doświadczenia, podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Damovo Sp. z o.o. nie stanowi dowodu na dysponowanie przez LOGON zasobami tego podmiotu w stopniu koniecznym do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Przedłożone zobowiązanie stanowi w istocie powtórzenie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp lecz nie niesie ze sobą żadnej treści. Nie wiadomo w jaki konkretnie sposób niematerialnie z istoty zasoby (wiedza i doświadczenie) będą przekazane wykonawcy.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia dokumentacji postępowania odwołujący podniósł m.in., iż w ofercie wykonawcy Comarch zastrzeżona została część oferty obejmująca wykaz wykonanych dostaw, dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, wykaz osób, zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz parametry techniczne oferowanego sprzętu, jak również parametry techniczne oferowanego urządzenia. Dokumenty te nie zawierają informacji, które mogłyby być kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nadto podniósł, iż informacje dotyczące sprzętu

oferowanego przez wykonawcę Comarch zostały już ujawnione w treści dokumentacji przedmiotowego postępowania.

W dniu 6 listopada 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 7 listopada 2012 r. wykonawcy: Comarch i LOGON przystąpili do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut dotyczący niezgodności oferty wykonawców: LOGON i Comarch z treścią SIWZ nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Przedmiot zamówienia” zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, dopuszczając rozwiązanie równoważne pod warunkiem spełnienia minimalnych wymagań wskazanych od pozycji 1 do pozycji 28 tego załącznika, jak również wymagania dodatkowe, w tym dotyczące gwarancji.

Wykonawca LOGON zaoferował dostawę terminali wielofunkcyjnych HUAWEI RP100-46S (str. 1 oferty), szczegółową specyfikację oferowanego urządzenia zamieszczając na stronach 3 – 9 oferty.

Wykonawca Comarch zaoferował dostawę terminali wielofunkcyjnych określonych w niejawniej części oferty (str. 259 -262 oferty).

Odwołujący podniósł, iż oferty wykonawców: LOGON i Comarch są niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ przez zamawiającego (w 12 przykładowo wskazanych przez odwołującego pozycjach). Na potwierdzenie powyższego odwołujący odwołał się do stron internetowych producenta zaoferowanego przez wykonawców sprzętu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż wykonawcy: LOGON i Comarch zaoferowali rozwiązanie równoważne (terminal wideokonferencyjny HUAWEI RP100-46S). Powyższe wynika z treści ofert tych wykonawców. Wykonawca LOGON już w formularzu oferty – zgodnie z wymogiem zamawiającego – określił oferowany przedmiot zamówienia (str. 1 oferty), załączając do oferty specyfikację oferowanego sprzętu („HUAWEI Room Presence RP100-46S – Specyfikacja” (str. 8 oferty) i HUAWEI RP100-46S Kamera – Specyfikacja (str. 9 oferty). Natomiast wykonawca Comarch nazwę oferowanego sprzętu zamieścił w niejawnej części oferty (str. 259 oferty – „Parametry techniczne sprzętu oferowanego przez wykonawcę” oraz specyfikacje oferowanego sprzętu – str. 261 i 262 oferty). Jednocześnie wykonawca ten (Comarch) złożył na rozprawie (nie wyłączono bowiem jawności rozprawy) w poczet materiału dowodowego oświadczenie producenta sprzętu HUAWEI POLSKA Sp. z o.o., w treści którego jednoznacznie stwierdzono, iż wykonawca Comarch, w tym konkretnym postępowaniu, zaoferował „terminal wielokonferencyjny Huawei RP100 46 S”.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż okoliczność, że wykonawca LOGON w załączniku nr 7 „Parametry techniczne sprzętu oferowanego przez wykonawcę” w pozycji 1 tabeli „Terminal wideokonferencyjny” podał „HUAWEI RP 100”, natomiast na stronie 1 „Formularza oferty” podał „HUAWEI RP100-46S”, załączając przy tym specyfikacje tego właśnie sprzętu (HUAWEI RP100-46S), świadczy o sprzeczności złożonych przez niego oświadczeń. Użyte w pierwszym zdaniu tabeli „HUAWEI RP100” to bowiem seria, czy też rodzina sprzętu, a to co zostało wskazane w opisie oferowanego przedmiotu zamówienia, to jest to co wchodzi w jego skład (sprzętu RP100-46S). Potwierdzeniem tego stanowiska (wykonawcy LOGON) są także załączone do oferty karty katalogowe oferowanego sprzętu zawierające jego szczegółową specyfikację. Specyfikacje te dotyczą sprzętu „HUAWEI RP100-46S”, co jednoznacznie wynika z ich treści.

Jak wynika z oświadczenia producenta oferowanego sprzętu (sprzętu HUAWEI RP100-46S) producent ten (Huawei Technologies Co. Ltd) „posiada w swej ofercie nowy terminal wideokonferencyjny o nazwie Huawei RP100-46S” i jest on „innym produktem niż terminal Huawei RP100-46 (jest rozbudowaną wersją terminala Huawei RP100-46)”. Tak więc oświadczenie to (oświadczenie producenta z dnia 8 listopada 2012 r. złożone przez osoby umocowane do działania w imieniu firmy) potwierdza, wbrew twierdzeniom odwołującego, iż w ofercie produktowej Huawei występuje terminal wideokonferencyjny Huawei RP100-46S. Terminal ten (terminal wideokonferencyjny Huawei RP100 46S) –

według oświadczenia producenta - „spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ (...), również odnośnie wymaganych interfejsów wejścia i wyjścia oraz wymaganych funkcjonalności. (...) w szczególności dotyczące: obsługi połączeń wideo o przepustowości na poziomie 6 Mb/s, obsługi połączenia wideo w protokołach BFCP, SIP ICE, posiadania funkcjonalności dzwonienia URI oraz ENUM, obsługi protokołów HTTPS i SSH, posiadania wejścia i wyjścia HDMI, wejścia mikrofonowego typu MiniJack i RCA/Phono i wyjścia audio HDMI, posiadania interfejsu Ethernet 1000Mbps/s, umożliwienia wyboru menu ekranowego w języku polskim, realizowania szyfrowych połączeń z wykorzystaniem protokołu SIP i umożliwienia dla szyfrowanych połączeń automatycznej wymiany kluczy szyfrujących, a także zapewnienia autoryzacji urządzenia w sieci za pomocą protokołu 802.1x.”, a więc i te, które kwestionował odwołujący, powołując się na brak informacji wymaganych przez zamawiającego, a dotyczących interfejsów wejścia i wyjścia oraz funkcjonalności na stronach producenta tego sprzętu. W kontekście powyższego Izba uznała, iż odwołanie się jedynie do internetowych stron producenta, którego umocowany przedstawiciel złożył jednoznaczne oświadczenie dotyczące spełniania wymagań zamawiającego, nie może stanowić dowodu na brak spełnienia wymagań przez sprzęt oferowany przez wykonawców LOGON i Comarch. Oświadczenie producenta jest bowiem spójne z treścią szczegółowych specyfikacji sprzętu zaoferowanego przez wykonawców, które zostały załączone do ofert. Nawet przykładowo wskazana na rozprawie przez odwołującego niezgodność dotycząca pozycji 6 tabeli zawartej w treści odwołania, w istocie nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Dowodem – przedłożonym przez odwołującego – na tę okoliczność ma być bowiem jedynie kserokopia karty katalogowej rzekomo potwierdzającej brak spełnienia tego wymogu, której takiego waloru (waloru dowodu) przyznać nie można, podczas gdy przystępujący Comarch wskazał na konkretne zapisy znajdujące się w specyfikacji sprzętu załączonego przez niego do oferty i potwierdzające spełnienie tego właśnie wymogu. A ponieważ odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie postawionych w odwołaniu tez Izba uznała, iż zarzuty dotyczące niespełnienia wymogów postawionych przez zamawiającego przez sprzęt oferowany przez wykonawców LOGON i Comarch nie potwierdziły się.

Nie potwierdziły się również zarzuty dotyczące braku zagwarantowania wymaganego treścią SIWZ serwisu gwarancyjnego. Są to bowiem jedynie niczym nieudowodnione spekulacje odwołującego, którym wobec jednoznacznych oświadczeń producenta nie można dać wiary.

**Zarzut dotyczący niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę LOGON oraz zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści SIWZ zawarł postanowienie „Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy PZP zobowiązany jest oprócz oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt 2.1-2.3 dodatkowo udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”.

Wykonawca LOGON w załączeniu do oferty złożył zobowiązanie firmy Damovo Polska Sp. z o.o. z dnia 11 września 2012 r., w treści którego firma ta oświadczyła, iż „zobowiązuje się do oddania do jej dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu kontraktu, tj. naszej wiedzy i doświadczenia. W związku z tym przekazuje referencje potwierdzające nasze doświadczenie.”.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zakwestionował treść przedmiotowego oświadczenia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozwala wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powołać się na potencjał innych podmiotów (podmiotów trzecich) dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i to niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Tak więc podstawę powoływania się na doświadczenie podmiotów trzecich stanowi jedynie konieczność udowodnienia zamawiającemu możliwości dysponowania przez wykonawcę tymi zasobami, które są niezbędne do realizacji zamówienia, na dowód czego wykonawca zobowiązany jest złożyć pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to – w myśl art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - odnosi się do oddania przez podmiot trzeci wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, przy czym z dyspozycji wskazanego przepisu nie wynika, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji faktycznie osobiście wykonywać bądź całość, bądź jakąś część zamówienia na rzecz wykonawcy zamówienia w charakterze podwykonawcy. Ustawodawca w dyspozycji powołanego wyżej przepisu nie dokonał bowiem różnicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy oraz na zasoby, których wykorzystanie nie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa. Przeciwnie w sposób jednakowy potraktował zasoby podmiotów trzecich, a więc zasoby wiedzy i doświadczenia, jak i inne zasoby odnoszące się do potencjału technicznego, osobowego, czy też zasoby finansowe podmiotów trzecich,



niezależnie od charakteru tych zasobów, a więc te, z których wykonawcy w postępowaniu mogą korzystać na etapie spełniania warunków podmiotowych. Oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się więc zarówno na zasadzie podwykonawstwa, jak i w inny sposób (konsultacje, doradztwo).

W niniejszym stanie faktycznym wykonawca LOGON załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego, powołując się na jego wiedzę i doświadczenie (firmy Damovo), jak również uzyskane przez ten podmiot referencje. Przedłożone zobowiązanie podmiotu trzeciego – wbrew twierdzeniom odwołującego - jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę LOGON. Zostało ono bowiem złożone na piśmie, a więc w formie wymaganej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i obejmuje udostępnienie zasobów „w przypadku uzyskania kontraktu przez firmę LOGON S.A.". W oświadczeniu tym firma Damovo Polska Sp. z o.o. w sposób wyraźny oddaje bowiem swoją wiedzę i doświadczenie, wynikające ze realizacji zamówienia wskazanego w załączonych do zobowiązania protokołach odbioru technicznego, a złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym stwierdzić należy, iż kwestionowane oświadczenie zawiera wszystkie elementy wymagane dla takiego oświadczenia w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp,. Niezależnie od powyższego wykonawca LOGON przedłożył na rozprawie oświadczenie z dnia 15 listopada 2012 r., w którym oświadczył, iż „udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi w sposób pośredni, tj. przez doradztwo, szkolenia, udostępnienie niezbędnej dokumentacji i wsparcie na całym etapie realizacji zamówienia bez konieczności osobistego wykonywania jakiegokolwiek części zamówienia przez firmą Damovo Polska Sp. z o.o.". Resumując Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie rozpatrywała zarzutu dotyczącego możliwości powołania się przez firmę Damovo Polska Sp. z o.o. na doświadczenie uzyskane w ramach realizacji zamówienia na rzecz MSWiA, gdyż zarzut ten nie był podniesiony we wniesionym wcześniej odwołaniu, a Izba – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

**Zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia dokumentacji postępowania (zastrzeżonych w ofercie wykonawcy Comarch jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa) jest zarzutem wniesionym po terminie i jako taki podlega odrzuceniu.**

Izba ustaliła, iż wykonawca Comarch zastrzegł część złożonej oferty (str. 52-262), podnosząc iż informacje zawarte na wskazanych stronach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z

art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

W dniu 21 września 2012 r. pełnomocnik odwołującego zapoznał się z dokumentacją przetargową przedmiotowego postępowania, podpisując jednocześnie oświadczenie o zapoznaniu się z dokumentacją przetargową, w treści którego wskazano „oferta Comarch (z wyłączeniem części stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa)”.

Odwołujący w dniu 5 listopada 2012 r. wniósł odwołanie, w którym podniósł m.in., iż zamawiający zaniechał odtajnienia pełnej treści oferty wykonawcy Comarch, co stanowi naruszenie ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z treścią art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż wymienione w ust. 1 i 2 w/w przepisu wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Przesłanką do wniesienia odwołania jest zatem określona czynność lub zaniechanie zamawiającego, a nie innego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym fakt, iż dany wykonawca dokonał bezzasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż zaistniała podstawa do wniesienia odwołania. Podstawę taką stanowić będzie odmowa udostępnienia pełnej treści oferty, w tym w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż dopiero wówczas można uznać, iż powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. A ponieważ informację o odmowie udostępnienia odwołującemu pełnej treści oferty wykonawcy Comarch odwołujący powziął w dniu 21 września 2012 r. to od tego momentu należało liczyć termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie wykonawcy Comarch jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Tak więc podnoszenie tego zarzutu dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej uznać należy za czynność spóźnioną,

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....