

**Sygn. akt: KIO 882/15**

**WYROK**  
**z dnia 14 maja 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2015 roku przez wykonawcę Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 180, 02-486 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa

**orzeka**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 180, 02-486 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 180, 02-486 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 180, 02-486 Warszawa na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie

Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa  
kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą  
koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień  
publicznych (t.j. 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 w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Zakup i wdrożenie centralnego backupu i archiwizacji dla PKP Polskie Linie Kolejowe”,

29 maja 2015 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: ustawa lub pzp), wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w toku Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy oraz następujących przepisów ustawy:

- art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z ustawą odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji bezpodstawnego dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm Comtegra Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa i Ventus Communications Sp. z o.o., ul. Swoboda 12, 60-391 Poznań, zwanej łącznie dalej jako „Comtegra”;
- art. 87 ust. 1 ustawy, w wyniku zaniechania przez Zamawiającego, polegającego na nieuwzględnieniu przy ocenie oferty Odwołującego wyjaśnień i dowodów z dnia 16.04.2015 r., złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13.04.2015 r. oraz ewentualnego zaniechania prowadzenia dalszych wyjaśnień, w przypadku istnienia po stronie Zamawiającego dalej idących wątpliwości, co do treści złożonej przez Odwołującego oferty (tym niemniej zdaniem Odwołującego takich wątpliwości nie było, gdyż oferta i przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia z dnia 16.04.2015 r. były wyczerpujące i wystarczające),
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, w wyniku dokonania błędnych ustaleń faktycznych i odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie błędnych informacji, pozyskiwanych samodzielnie przez Zamawiającego, które nie były żądane w treści SIWZ, w tym informacji,

które nie stanowią treści oferty Odwołującego, ani jego wyjaśnień, a tym samym z pominięciem wymagań SIWZ w tym zakresie, opierając wnioski wyłącznie na subiektywnej interpretacji tych informacji, nie uwzględniając wyjaśnień Odwołującego jak i dodatkowych oficjalnych potwierdzeń pochodzących od producentów zaoferowanych rozwiązań,

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy, względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy - w odniesieniu do wykonawców Comtegra oraz konsorcjum firm IT.Expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa oraz Symmetry Sp. z o.o., ul. Zygmunta Vogla 8, 02-963 Warszawa, zwanych łącznie dalej „IT.Expert”, w związku z zaniechaniem wykluczenia ww. wykonawców na skutek złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, względnie z uwagi na niezgodność treści oferty ww. wykonawców z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia miały wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji Odwołujący wniósł o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Comtegra, unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, w tym nakazać wykluczenie lub odrzucenie (ofert) Comtegra, IT.Expert - w zależności od ustaleń, nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Sygnity jako oferty najkorzystniejszej, w świetle ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert i wymagań.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia, albowiem treść oferty została bezzasadnie oceniona jako niezgodna z treścią SIWZ. Uwzględnienie odwołania w zakresie, co najmniej przywrócenia oferty Odwołującego, doprowadzi do usunięcia wadliwych czynności i zaniechań, a co za tym idzie doprowadzi do sytuacji, w której oferta Odwołującego będzie uznana jako najkorzystniejsza w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania (rozumiany w świetle treści art. 92 Ustawy m.in. jako wynik określający wykonawców, których oferty zostały bezzasadnie odrzucone, zaniechano wykluczenia i w nieprawidłowy sposób dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej). Mając na względzie powyższe oraz biorąc pod uwagę treść art. 192 ust. 2 ustawy Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania

przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Informacja Zamawiającego - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o podstawie odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 20.04.2015 r. i wskazująca na czynności i zaniechania będącego podstawą zarzutów niniejszego Odwołania, została przesłana do Odwołującego w dniu 20.04.2015 r. odwołanie wniesione w dniu 29.04.2015 r., zostało wniesione z dochowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu.

Odwołujący złożył na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy wniosek o wyłączenie jawności rozprawy w części odnoszącej się do treści oferty Odwołującego. Wniosek powyższy uzasadniony jest tym, iż przedmiotem postępowania odwoławczego będzie argumentacja/dowody i analiza treści oferty objęta zasadnym zastrzeżeniem poufności, z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym rozpoznanie sprawy na rozprawie jawnej doprowadziłoby do ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. Z tego też względu, wskazał Odwołujący, treść odwołania będzie, na części rozprawy wyłączonej z jawności, uzupełniona o szczegółowe wywody i argumentację Odwołującego, której z uwagi na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może przedstawić w odwołaniu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający pismem z dnia 20.04.2015 r. poinformował o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Comtegra, w tym również o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, oferty Sygnity, z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W załączniku nr 1 do ww. pisma, Zamawiający przedstawił uzasadnienie swojej decyzji, z tymże wobec tego, że informacje dotyczą tajemnicy przedsiębiorstwa, nie ujawnił ich do wiadomości pozostałym wykonawcom. Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego nie odpowiada wymaganiom postawionym w Opisie Przedmiotu Zamówienia, podając w punktach, jakiego rodzaju uchybienia zostały stwierdzone w ofercie Odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się z przedstawioną przez Zamawiającego oceną zarówno treści złożonej oferty, jak i oceną wyjaśnień z dnia 16.04.2015 r. W ocenie Odwołującego,

Zamawiający nie wziął pod uwagę, zawartych w tych wyjaśnieniach informacji, dowodów i potwierdzeń. W przeciwieństwie do powyższego dał wiarę samodzielnie pozyskiwanym, ocenianym i interpretowanym informacjom.

Co istotne - poza merytoryczną argumentacją, która zostanie przedstawiona na części niejawniej rozprawy - zwrócenia uwagi wymaga sposób oceny prezentowany przez Zamawiającego. Zamawiający w każdym z punktów, które wyselekcjonował, stwierdzał, że przedstawione przez Państwa (tj. Odwołującego) uzasadnienie i dokumenty poświadczające, nie potwierdzają spełnienia powyższego wymagania wynikającego z treści dokumentu Opisu Przedmiotu Zamówienia dla postępowania.

Powyższe - poza argumentacją merytoryczną, którą Odwołujący przedstawi na rozprawie - potwierdza, że Zamawiający na etapie oceny ofert, oczekiwał potwierdzenia wymagań z Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie przez siebie wskazanym, w sposób, który nie był wcześniej wymagany w SIWZ. Decydujący dla oceny charakter i znaczenie opisu zawartego w SIWZ jest bezsporne. Potwierdza to jednolite w tym względzie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (powołano wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.08.2011 r., sygn. akt KIO 1788/11).

Mając powyższe na względzie, w tym brak jednoznacznie określonego w SIWZ katalogu dokumentów/ poświadczeń/oświadczeń wymaganych na potwierdzenie zgodności oferowanego rozwiązania z treścią SIWZ, w tym OPZ, Zamawiający w toku oceny, z nieznanymi Odwołującemu przyczyn, nie uwzględniła przedkładanych potwierdzeń, oświadczeń i szczegółowych wskazań zawartych w wyjaśnieniach z dnia 16.04.2015 r. Powyższe, ugruntowuje przeświadczenie Odwołującego, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał zmiany oczekiwanych w SIWZ dokumentów, składających się na treść oferty, w tym potwierdzających oferowane urządzenia. Tego rodzaju praktyki są niedopuszczalne i świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców.

Ponadto, Zamawiający w jakikolwiek istotny merytoryczny sposób nie odniósł się do wyjaśnień Odwołującego i poprzestał jedynie na wyraźnym podkreśleniu, że Odwołujący nie potwierdził wymagań zawartych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, pomijając przy tym zupełnie fakt przedłożenia wyczerpujących wyjaśnień. W ocenie Odwołującego przedłożone wyjaśnienia były wyczerpujące i w wystarczającym stopniu potwierdzały zgodność oferowanych urządzeń z wymaganiami OPZ. W ramach tych wyjaśnień Odwołujący wskazał dokładnie jakimi parametrami oraz funkcjonalnościami charakteryzuje się oferowane rozwiązanie. Mając na uwadze rzetelność i wiarygodność wyjaśnień Odwołujący potwierdził je dodatkowo oświadczeniami producentów wchodzących w zakres rozwiązania.

Dodatkowo, należy wskazać, że jedna z okoliczności stanowiąca podstawę odrzucenia oferty Sygnity nie była uprzednio przedmiotem wyjaśnień. Odwołujący nie miał możliwości odpowiedzieć na ewentualne dalej idące wątpliwości Zamawiającego. W tym zakresie Zamawiający z pewnością zaniechał zastosowania procedury wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy.

W konsekwencji, za uzasadnione należy uznać stanowisko Odwołującego, że zaproponowane rozwiązanie ujęte w ofercie, w związku z argumentacją zawartą w wyjaśnieniach, spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, a nawet, co wskazywaliśmy, je przewyższa. W świetle powyższego, nie można podzielić twierdzeń Zamawiającego, co do nieprawidłowości i sprzeczności z wymaganiami SIWZ, oferty złożonej przez Odwołującego. Zaoferowane rozwiązanie, zawiera i realizuje wymagania i funkcjonalności oczekiwane w OPZ. W konsekwencji Zamawiający nieprawidłowo zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

Odnosząc się, zaś do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy, względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - w odniesieniu do wykonawców Comtegra, IT.Expert, w związku z zaniechaniem wykluczenia ww. wykonawców na skutek złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, względnie z uwagi na niezgodność treści oferty ww. wykonawców z treścią SIWZ, podniósł: Odwołujący, w wyniku przeglądu pełnej dokumentacji przetargowej, do której miał dostęp dopiero w dniu 24.04.2015 r. (uprzednio bowiem Zamawiający zasłaniał się prowadzonym procesem wyboru Wykonawcy), a dotyczącej Comtegra oraz IT.Expert stwierdza, że doszło w ich treści do poświadczenia nieprawdy, z uwagi na twierdzenie zawarte w tych ofertach, iż architektura rozwiązania dla części oprogramowania jak i sprzętowej (przechowywanie kopii zapasowych jak i danych archiwizacyjnych) pochodzi od tego samego Producenta. W przedstawionych ofertach ww. wykonawców zaproponowano rozwiązanie firmy EMC oparte o EMC Networker 110 TB oraz Kroll on Track dla 10 TB MS Sharepoint. Produkt Kroll on Track jest własnością firmy Kroll Ontrack Inc. reprezentowanej w Polsce przez spółkę Kroll Ontrack sp. z o.o. ul. Jana III Sobieskiego 11 40-082 Katowice. W wyniku czego oświadczenie firmy Comtegra i IT.Expert iż zastosowano oprogramowanie jednego producenta jest nieprawdziwe.

<http://poland.emc.com/third-partv-products/backup-recoverv-archive.htm>

(zamieścił fragment ze strony z potwierdzeniem, iż produkt pochodzi od partnera firmy EMC.)

Wskazał, że w związku z powyższym zachodzi również uzasadniona wątpliwość czy

oprogramowanie firmy EMC zastosowane w rozwiązaniu przedstawionym przez ww. wykonawców spełnia wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia w rozdziale 4.2.2., w szczególności pkt 1 i 2.

„1. Oprogramowanie kopii zapasowych MUSI posiadać centralną graficzną konsolę zarządzającą

2. Centralny system zarządzania kopii zapasowych (interfejs graficzny) MUSI umożliwiać wykonywanie operacji, z jednej, wspólnej centralnej konsoli zarządzania w następującym zakresie...

q - umożliwiać wykonywanie kopii zapasowej oraz odtwarzanie granulame"

Jak wskazuje się w piśmiennictwie zamówień publicznych, nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Mogą one być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę, np. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofercie, wyjaśnieniach treści oferty itd. i mogą dotyczyć wszelkich elementów postępowania (nie tylko dokumentów przedkładanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale także treści oferty). (...) Można więc postawić tezę, że podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. [M. Stachowiak - komentarz do art. 24 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Lex 2012],

Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Przez wynik postępowania należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej, kwalifikacja podmiotowa wykonawców, ocena zajścia przesłanek do odrzucenia oferty, punktacja przyznana poszczególnym ofertom. Każda z wymienionych czynności składa się, bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej danego wykonawcy. W ocenie Odwołującego, w odniesieniu do ww. wykonawców, mogło dojść do celowego - obliczonego na prawidłowość oceny ofert, jak i otrzymaną punktację - podania informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, które winno skutkować wobec ww. wykonawców wykluczeniem z postępowania lub co najmniej zrealizowaniem procedury wyjaśnień w odniesieniu do treści złożonych oświadczeń i zakresu złożonych ofert.



**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 marca 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Ventus Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 4 maja 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z ich udziałem Stron. Jednakże do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego nie zostało załączone prawidłowe pełnomocnictwo. Dokument, który został załączony do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego stanowił kopię pełnomocnictwa, która nie została ani podpisana ponownie przez mocodawcę ani nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem. Nie sposób w takim przypadku przyjąć, że do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego załączone zostało

pełnomocnictwo. Z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku (Dz. U. 2014 poz. 964 j.t.) wynika, że brak dokumentu pełnomocnictwa podlega uzupełnieniu jedynie w zakresie odwołania (§ 9). Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu (podobnie: w wyroku KIO z dnia 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z dnia 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14, wyroku KIO z dnia 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z dnia 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703, czy też wyroku KIO z dnia 08.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2525/13). Wskazać należy, że nie jest wystarczające złożenie dokumentu pełnomocnictwa w ofercie lub – jak wskazywał pełnomocnik zgłaszającego przystąpienie – w innym postępowaniu odwoławczym (podobnie; postanowienie KIO z 24. 04. 2012 roku sygn. akt KIO 730/12).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający pismem z dnia 12 maja 2015 roku złożył *Odpowiedź na odwołanie*.

Odwołujący złożył *Pismo procesowe* z dnia 12 maja 2015 roku wraz z załącznikami (załącznik 1-4) objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

W zakresie zarzutu:

- naruszenia art. 91 ust 1 ustawy – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*

w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,*

*z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 w wyniku bezpodstawnego odrzucenia oferty*

*Odwołującego ,*

- art. 87 ust. 1 ustawy - *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. 1 a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści – w wyniku zaniechania przez Zamawiającego polegającego na nieuwzględnieniu przy ocenie oferty wyjaśnień i dowodów z dnia 16 kwietnia 2015 roku oraz ewentualne zaniechanie prowadzenia dalszych wyjaśnień,*

art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

W ocenie Izby wyspecyfikowane przez Odwołującego na wstępie odwołania naruszenia przepisów ustawy dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego oraz oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 16 kwietnia 2015 roku nie znajdują uzasadnienia w treści odwołania.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana

im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*

Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”*

Przenosząc powyższe stwierdzenia Sądu na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnosząca się do żadnych konkretów. Odwołujący przedstawiając okoliczności faktyczne nie wskazał żadnych sprecyzowanych faktów, nie odniósł do żadnych konkretnych informacji, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak również nie wskazał na konkretne elementy oferty oraz wyjaśnień z dnia 16 kwietnia 2015 roku z których oceną się nie zgadza jak i przyczyn tego, że z dokonaną

oceną się nie zgadza. Odwołujący nie wyjaśnił również, nie podał w odwołaniu, na czym miałyby polegać dokonana przez Zamawiającego niewłaściwa ocena wyjaśnień poczynionych przez Odwołującego właściwie nie wyjaśnił dlaczego uważa, że Zamawiający nie wziął pod uwagę informacji, dowodów oraz potwierdzeń złożonych z wyjaśnienia. Odnosząc się do wskazywanego w odwołaniu przez Odwołującego obowiązku potwierdzenia wymagań opisu przedmiotu zamówienia jakie narzucił Zamawiający, a jakich to jego zdaniem nie wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie sposób stwierdzić o jakie potwierdzenie, potwierdzenie czego chodzi Odwołującemu, jakie wymagania określił Zamawiający i co miało zostać potwierdzone i dlaczego w ocenie Odwołującego Zamawiający wymaga czegoś czego nie wymagał, choć w zasadzie nie wiadomo o czym Odwołujący w ogóle pisze.

Dodać należy, co niewątpliwie potwierdza bardzo duży stopień ogólności podania okoliczności faktycznych, uzasadnienia dokonanego przez Odwołującego, że sam Odwołujący w treści uzasadnienia niejednokrotnie wskazywał, że argumentacja merytoryczna zostanie przedstawiona na rozprawie – co jednoznacznie potwierdza jej brak w treści odwołania.

Izba wskazuje, że odwołanie zawierające precyzyjne i jednoznaczne zarzuty pozwala na przygotowanie się stron postępowania do rozprawy jak również może być podstawą do uwzględnienia odwołań w całości przez Zamawiającego co wiąże się z konkretnymi czynnościami procesowymi (art. 186 ust. 2 ustawy), bądź uwzględnienia poszczególnych zarzutów wniesionego odwołania, co również może oddziaływać na sytuację procesową. Lakoniczne, ogólne wskazanie w uzasadnieniu okoliczności faktycznych bez podania argumentacji nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski. Izba oceniając przedstawione w odwołaniu zarzuty wraz z ich uzasadnieniem nie mogła dokonać innej oceny jak zarzutów nie uwzględnić z uwagi na ich niedookreśloność, ogólność, lakoniczność.

Wskazać należy, że w tym przypadku również można mówić co do zasady o braku zarzutów, bowiem zaznaczając, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów, w rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych naruszeń przepisów nie zawierało wszystkich koniecznych elementów, co zostało wykazane powyżej.

Przedstawiona na rozprawie argumentacja jak również pismo procesowe i dowody do niego załączone stanowią nową, niezawartą w odwołaniu argumentację, uzasadnienie faktyczne podniesionych we wstępnej części odwołania naruszenia przepisów. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut poza podstawą prawną musi zawierać konkretną i precyzyjną podstawę faktyczną. Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie jak również zawarta w złożonym piśmie procesowym stanowi w ocenie Izby nowy, nie wskazany w odwołaniu zarzut oparty na tych samych podstawach prawnych. Zaznaczyć należy, że to właśnie argumentacja merytoryczna, czyli odnosząca się do istoty sprawy stanowi uzasadnienie faktyczne podnoszonych naruszeń w zakresie poszczególnych przepisów, w sumie tworząc zarzuty. Przedstawienie na rozprawie danej argumentacji merytorycznej nie może być poczytywane za uzupełnienie postawionych zarzutów, bowiem nie prowadzi ono do dowodzenia czegoś co już zostało wykazane, lecz do wykazania faktów, które na moment złożenia odwołania nie były podane. Uznanie argumentacji zawartej w piśmie złożonym przez Odwołującego i jego argumentacji przedstawionej na rozprawie prowadziłoby do przywrócenie Odwołującemu terminu na przedstawienie dodatkowych, nowych zarzutów, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, bowiem termin na wniesienie odwołania jest nieprzywracany. Odwołujący miał możliwość przedstawienia argumentacji merytorycznej nawet objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, na której brak w odwołaniu sam wskazuje w odwołaniu, przez załączenie do odwołania części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa bądź przez złożenie w terminie na wniesienie odwołania dodatkowej argumentacji zawartej w osobnym piśmie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa.

## II.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: *złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania*, względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Ventus Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IT.Expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Symmetry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w

związku z zaniechaniem wykluczenia ww. wykonawców na skutek złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, względnie z uwagi na niezgodność treści oferty ww. wykonawców z treścią SIWZ

– Izba uznała zarzut za spóźniony i tym samym niepodlegający rozpoznaniu.

W zakresie ww. zarzutów podniesionych w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IT.Expert Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Symmetry Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie, Izba uznała, że zarzuty zgłoszone zostały po terminie (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy), ponieważ ustawa nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania, Izba pozostawia zarzut bez rozpoznania.

Izba wskazuje, że zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej zostało skierowane do wykonawców w dniu 5 lutego 2015 roku.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną. Stosownie do przepisu art. 91a ust. 1 ustawy Pzp *jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu*. Z przepisu jednoznacznie wynika, że Zamawiający obowiązany jest dokonać oceny ofert przed zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, w tym ustalić, czy złożone przez wykonawców oferty nie podlegają odrzuceniu (art. 89 ustawy Pzp), w tym również z tego powodu, że zostały złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania (art. 24 ust. 4). Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że Zamawiający ustalił, że oferty wybranych wykonawców nie podlegają odrzuceniu, a wykonawcy nie podlegają wykluczeniu. Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert i w ocenie Izby od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty czy zaniechania wykluczenia wykonawcy. Zamawiający zapraszając wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej nie informuje ich o innych zaproszonych wykonawcach. Przepis art. 91b ust. 2 ustawy, określający dane, które powinny znaleźć się w zaproszeniu, nie wskazuje na konieczność informowania o tym, którzy wykonawcy zostali również zaproszeni do udziału w aukcji. Powyższe nie oznacza jednak, że działający z należytą starannością wykonawca nie może ustalić, który z jego konkurentów został również do aukcji elektronicznej

zaproszony i kwestionować zaniechania wykluczenia go z udziału w postępowaniu, względnie zaniechania odrzucenia jego oferty. Po pierwsze, fakt wystosowania do wykonawcy zaproszenia jest jednocześnie jednoznaczną dla niego informacją, że Zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że pozytywnie zweryfikował co najmniej trzy oferty (arg. z art. 91a ust. 1 ustawy). Po drugie, informacja o tym, którzy jeszcze wykonawcy zostali zakwalifikowani do wzięcia udziału w aukcji zawarta jest w dokumentacji postępowania, która jest jawna dla wykonawców i każdy z nich uprawniony jest do wzglądu do niej w celu uzyskania wiedzy na temat pozostałych zaproszonych wykonawców. Dostrzeżenia wymaga, że w myśl art. 96 ust. 3 ustawy protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawny. Natomiast zgodnie z treścią załącznika nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), w przypadku protokołu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, w poz. 11 ujawnia się listę wykonawców wykluczonych, zaś w poz. 12 – listę odrzuconych ofert. Zatem, działający z należytą starannością wykonawca w oparciu o protokół postępowania może z łatwością ustalić, którzy z jego konkurentów zostali zaproszeni do składania ofert. Będą to bowiem ci wykonawcy, którzy nie figurują w poz. 11 i których oferty nie zostały wskazane w poz. 12 protokołu.

Kwestionowana przez Odwołującego czynność zakwalifikowania wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy. W takim przypadku odwołanie – zgodnie ze wskazanym przepisem – 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. Podobne stanowisko wyrażono w wielu orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej w tym m.in. w postanowieniach wydanych w sprawach o sygn. akt KIO 271/12, KIO 299/12, KIO 610/12, KIO 2838/12, KIO 907/13. Podkreślenia wymaga, że powyższe stanowisko zostało potwierdzone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r. wydanej w sprawie o sygn. akt: III CZP 107/12 (dostępna na stronie internetowej [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)). Sąd Najwyższy rozstrzygając o kwestii wzajemnych zależności pomiędzy art. 182 ust. 3 i art. 182 ust. 1 wyraził pogląd, że *gdy zamawiający przed dniem uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjętych czynnościach lub dnia, w którym powinien taką wiedzę uzyskać, nie przesłał wykonawcy informacji o dokonanych czynnościach, termin do wniesienia odwołania wyznacza art. 182 ust. 3 p.z.p. Późniejsze przesłanie informacji przez wykonawcę zasadniczo nie będzie prowadziło do otwarcia terminu do wniesienia odwołania określonego w art. 182 ust. 1 p.z.p.*



Wykonawca zaproszenie do udziału w aukcji wykonawca otrzymał w dniu 5 lutego 2015 roku drogą elektroniczną i - jak wyjaśniono wcześniej - był to dzień, w którym można było powziąć wiadomości o wszystkich okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Zatem wynikający z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy dziesięciodniowy termin na wniesienie środka odwoławczego wobec zaniechania wykluczenia innych wykonawców i zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez innych wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji upływał w dniu 15 lutego 2015 roku. Przesłanie w dniu 20 kwietnia 2015 r. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej po przeprowadzonej aukcji nie doprowadziło do ponownego otwarcia terminu do wniesienia odwołania. Zawiadomienie to nie niosło ze sobą bowiem informacji o żadnych okolicznościach, istotnych z punktu widzenia sformułowanych zarzutów, co do których Odwołujący nie mógł powziąć wiadomości już w dniu 5 lutego 2015 r.

W zakresie ww. zarzutów podniesionych w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Ventus Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Izba uznała, że zarzuty zgłoszone zostały po terminie (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy). Ponieważ ustawa nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania, Izba pozostawia zarzut bez rozpoznania.

W ocenie Izby termin na wniesienie odwołania należy liczyć, począwszy od dnia 27 lutego 2015 roku tj. dnia w którym zostało wydane orzeczenie w sprawach o sygn. akt KIO 257/15, KIO 258/15, KIO 308/15, którym to orzeczeniem Izba nakazała Zamawiającemu *udostępnienie odwołującemu wyjaśnień i uzupełnień złożonych w toku postępowania ofert*. Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1) odwołanie, wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 tego artykułu (przesłania informacji o czynności zamawiającego, wobec treści ogłoszenia o zamówieniu a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego również w zakresie specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wnosi się, dla zamówień których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Z dniem wydania orzeczenia w ww. sprawie, w której obecny Odwołujący był uczestnikiem postępowania odwoławczego, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, mógł się zapoznać z dokumentami i w ustawowym terminie, w przypadku, gdyby uznał, że zachodzą ku temu podstawy mógł złożyć odwołanie. Dodać

należy, że Zamawiający przed wystosowaniem (5 lutego 2015 roku ) zaproszeń do udziału w aukcji elektronicznej musiał dokonać oceny złożonych w postępowaniu ofert (art. 91a ust. 1 ustawy), co powoduje rozpoczęcie biegu terminu wnoszenia środków odwoławczych na zaniechanie odrzucenia oferty z postępowania, tym samym udostępnienie wyjaśnień stanowiło podstawę do obliczenia terminu na wniesienie odwołania. Zaznaczyć należy, że Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie wyjaśnień oferty złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Ventus Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu dopiero 24 kwietnia 2015 roku (wykonawca uzyskał informacje w dniu 25 kwietnia 2015 roku), czyli już po upływie terminu, w którym wykonawcy przysługiwało skuteczne prawo złożenia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

**Przewodniczący:** .....