

WYROK

z dnia 20 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Computex sp. z o.o. sp. k. (lider konsorcjum) ul. Mroźna 27; 03-654 Warszawa, Techsource sp. z o.o. (członek konsorcjum), ul. Marsz. Józefa Piłsudskiego 13; 05-120 Legionowo**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, ul. Stefana Batorego 5; 02-591 Warszawa**, przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Symmetry Sp. z o.o., Pidikom Sp. z o.o. Sp. K., ul. Vogla 8, 02-963 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IMMITIS Spółka z o.o., Maxto Sp. z o.o. S.K.A., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Computex Sp. z o.o. Sp. K., Techsource Sp. z o.o., ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Computex Sp. z o.o. Sp. K.**,

Techsource Sp. z o.o., ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Dostawa nowych, nieużywanych zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem, drukarek, skanerów oraz licencji na oprogramowanie antywirusowe w ramach projektu pl.ID, część I - Dostawa nowych i nieużywanych zestawów komputerowych z oprogramowaniem systemowym, biurowym i antywirusowym wraz z licencjami”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2015 roku, pod numerem 2015/S 064-112457.

Zamawiający dnia 26 czerwca 2015 roku, przekazał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 6 lipca 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Computex sp. z o.o. sp. k. (lider konsorcjum) ul. Mroźna 27; 03-654 Warszawa, Techsource sp. z o.o. (członek konsorcjum), ul. Marsz. Józefa Piłsudskiego 13; 05-120 Legionowo (dalej *„Odwołujący”*) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione ograniczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia oferty konsorcjum firm: Symmetry-Pidikom, w części dotyczącej:
 - typ/model, nazwa producenta oferowanej stacji roboczej [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1],
 - typ/model, nazwa producenta oferowanej klawiatury i myszy [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1],
 - nazwa oferowanego systemu operacyjnego [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1],
 - nazwa oferowanego oprogramowania biurowego [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1],
 - typ, model, nazwa producenta oferowanego monitora [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1],

- nazwa oferowanego oprogramowania antywirusowego [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1a],
- oferowanych parametrów technicznych [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1 i 1a],
- wydruków wyników testów procesora wraz z tłumaczeniami [dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa],

pomimo, iż charakter zastrzeżonych informacji (z uwagi na stanowiący przedmiot niniejszego zamówienia sprzęt komputerowy o standardowych, nie zaś dedykowanych parametrach), nie ma waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm., zw. dalej „UZNK”), a brak możliwości zapoznania się z dokumentami złożonymi przez konsorcjum Symmetry-Pidikom, nie pozwala na zweryfikowanie spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

- 2) art. 96 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia oferty konsorcjum Symmetry-Pidikom, pomimo, że zastrzeżenie przez wykonawcę części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie opisanym w pkt 1, było niezasadne,
- 3) art. 7 ust 1 ustawy Pzp, jako pochodna naruszenia przepisów wskazanych w pkt 1-2, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zaniechanie odtajnienia oferty konsorcjum: Symmetry-Pidikom w powołanym zakresie, uniemożliwiającym weryfikację oferty tego wykonawcy przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BIT w zakresie części 1 zamówienia - jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SANSEC w zakresie części 1 zamówienia - jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniosk o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty konsorcjum: Symmetry-Pidikom, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia,
- 2) nakazanie odtajnienia i udostępnienia treści oferty konsorcjum: Symmetry-Pidikom, w części dotyczącej:

- typ/model, nazwa producenta oferowanej stacji roboczej [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1],
 - typ/model, nazwa producenta oferowanej klawiatury i myszy [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1],
 - nazwa oferowanego systemu operacyjnego [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1],
 - nazwa oferowanego oprogramowania biurowego [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1],
 - typ, model, nazwa producenta oferowanego monitora [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1],
 - nazwa oferowanego oprogramowania antywirusowego [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1a],
 - oferowanych parametrów technicznych [opis przedmiotu zamówienia - tabela nr 1 i 1a],
 - wydruków wyników testów procesora wraz z tłumaczeniami [dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa],
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 zamówienia,
 - 4) odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców BIT oraz SANSEC w zakresie części 1 zamówienia z powołaniem się na ich wadliwość opisaną w treści odwołania,
 - 5) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego (jego oferta została zaklasyfikowana przez zamawiającego, jako czwarta w kolejności, po ofercie konsorcjum: Symmetry-Pidikom, wykonawcy BIT oraz wykonawcy SANSEC), a brak ujawnienia przez zamawiającego i udostępnienia oferty konsorcjum: Symmetry-Pidikom, we wskazanym zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, uniemożliwia odwołującemu zweryfikowanie zgodności oferty tego wykonawcy z treścią s.i.w.z. i ewentualne podnoszenie zarzutów dotyczących potwierdzenia przez konsorcjum: Symmetry-Pidikom spełnienia warunków podmiotowych, jak i przedmiotowych udziału w postępowaniu, co w konsekwencji może doprowadzić do poniesienia szkody po stronie odwołującego. Odwołujący zauważył, iż w przypadku odrzucenia przez zamawiającego ofert złożonych przez wykonawcę BIT oraz wykonawcę SANSEC, oferta odwołującego zostałaby zaklasyfikowana, jako druga pod względem punktacji. Powyższe w kontekście zarzutów

zgłoszonych wobec utajnienia części oferty konsorcjum firm Symmetry-Pidikom - dodatkowo potwierdza interes odwołującego we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią oferty konsorcjum: Symmetry-Pidikom, a także wezwał do udzielenia wyjaśnień wystosowanych przez zamawiającego, wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł:

- typ/model, nazwa producenta oferowanej stacji roboczej,
- typ/model, nazwa producenta oferowanej klawiatury i myszy,
- nazwa oferowanego systemu operacyjnego,
- nazwa oferowanego oprogramowania biurowego,
- typ, model, nazwa producenta oferowanego monitora,
- nazwa oferowanego oprogramowania antywirusowego,
- oferowanych parametrów technicznych,
- wydruków wyników testów procesora wraz z tłumaczeniami.

Zdaniem odwołującego, przedmiotem zamówienia nie jest specjalistyczny, dedykowany szczególnym potrzebom zamawiającego sprzęt informatyczny, tylko dostawa stacji roboczych, urządzeń peryferyjnych (klawiatura, mysz), monitora oraz systemu operacyjnego, oprogramowania biurowego i oprogramowania antywirusowego o właściwościach i cechach technicznych dostępnych powszechnie na rynku informatycznym dla nieograniczonego kręgu odbiorców (użytkowników). Z tego względu, oferowane przez konsorcjum: Symmetry-Pidikom parametry techniczne, powinny podlegać ujawnieniu. Minimalne parametry wyspecyfikowane przez zamawiającego i dotyczące przedmiotu zamówienia, takie jak (przykładowo): system operacyjny, oprogramowanie biurowe, wyświetlacz czy dysk twardy, o ile niewątpliwie mogą być uznane za informacje o walorze technicznym (technologicznym), o tyle poprzez ich upowszechnienie przez producentów sprzętu (w ulotkach, kartach katalogowych bądź na stronach internetowych), nie można uznać, aby posiadały one charakter informacji niejawnych, niezbędnych do potraktowania ich jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem nie są one zastrzeżone wyłącznie do wiadomości poszczególnych osób bądź grup. Tym samym, w opinii odwołującego, zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał odtajnienia oferty konsorcjum: Symmetry-Pidikom, bowiem charakter

zastrzeżonych informacji nie mógł odpowiadać ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności ze względu na powszechność danych technicznych ogólnie dostępnych komputerów, oprogramowania, czy systemu operacyjnego, które bez wątplenia stanowiły przedmiot zamówienia. Konsorcjum: Symmetry-Pidikom, podobnie jak inni wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, jedynie dopasował oferowane rozwiązania informatyczne do oczekiwanych przez zamawiającego parametrów. Sam opis wymaganych, minimalnych parametrów, został stworzony przez zamawiającego, zatem dobór sprzętu odpowiadającego tym parametrom i powszechnie dostępnego na rynku, nie miał charakteru twórczego, pozwalającego uznać informacje zawarte w ofercie konsorcjum: Symmetry- Pidikom za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę BIT oraz wykonawcę Sansec, odwołujący podniósł, co następuje.

Ww. wykonawcy w załączniku nr 3 - Opis przedmiotu zamówienia w tabeli nr 1 - ppkt *Oprogramowanie biurowe* wskazali, iż zaoferowali oprogramowanie biurowe Open Office Professional 2016.

Zamawiający opisując oprogramowanie biurowe zawarł między innymi następujące postanowienia: *„64 bitowy zintegrowany pakiet biurowy (edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny, program do tworzenia prezentacji, program do obsługi poczty elektronicznej oraz kalendarza) charakteryzujący się następującymi cechami: (...)”*.

Analizując rynek jak i kontaktując się z producentami tego typu oprogramowania wynika, że można zaoferować rozwiązanie, które będzie sumarycznie spełniało wymagania zamawiającego, czyli będzie posiadało: edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny, program do tworzenia prezentacji, program do obsługi poczty elektronicznej oraz kalendarza, ale będzie składać się z kilku oddzielnych programów np. program do obsługi poczty elektronicznej oraz kalendarza będzie dodatkowo doinstalowany, a nie jak wymagał zamawiający zintegrowany z całością.

W zakresie ppkt f): *„prawidłowe odczytywanie, edytowanie i zapisywanie danych w dokumentach w formatach: .DOC, .DOCX, XLS, .XLSX”*, odwołujący zwrócił uwagę na style, tzn. różne programy biurowe mają predefiniowane nieco inaczej domyślne style, czy też nie posiadają wszystkich stosowanych obecnie czcionek. Może to skutkować wrażeniem, że pliki pochodzące np. z Microsoft Office są źle sformatowane pod różnymi programami biurowymi. Zatem zaoferowany program Open Office Professional 2016 będzie inaczej otwierał dokumenty zdefiniowane, czy też zapisane za pomocą wymaganych formatów: .DOC, .DOCX, XLS, .XLSX.

W zakresie ppkt g): „w skład pakietu muszą wchodzić narzędzia programistyczne umożliwiające automatyzację pracy język makropoleczeń, język skryptowy”, odwołujący podał, iż w oprogramowaniu Open Office Professional 2016 jest zasyty język Star Basic Scripts, który jest podstawą budowania makr (podobnie jak Visual Basic Scripts w MS Office). Jednakże Star Basic Scripts i Visual Basic Scripts nie są kompatybilne ze sobą, stąd makra napisane przy użyciu Visual Basic Scripts nie będą pracowały przy użyciu Star Basic Scripts i odwrotnie. W przypadku posiadania przez zamawiającego oprogramowania biurowego typu Microsoft Office, o czym świadczą wymagania chociażby „*prawidłowe odczytywanie, edytowanie i zapisywanie danych w dokumentach w formatach: .DOC, .DOCX, XLS, .XLSX*”, wszystkie stworzone makropolecenia, czy też skrypty nie będą mogły działać poprawnie po otwarciu ich za pomocą oferowanego programu Open Office Professional 2016.

Zamawiający, w dniu 17 lipca 2015 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, iż zarzuty odwołującego są bezzasadne i powinny zostać oddalone w całości.

Zamawiający wskazał, że zarzuty odwołującego dotyczące zaniechania ujawnienia i udostępnienia przez zamawiającego oferty konsorcjum: Symmetry-Pidikom z uwagi na objęcie oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, należy uznać za złożone po upływie terminu wynikającego z przepisów ustawy.

Ponadto zamawiający wyjaśnił, iż zarzut dotyczący nieuprawnionego ograniczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zaniechania odtajnienia oraz udostępnienia oferty konsorcjum: Symmetry-Pidikom, jest na obecnym etapie postępowania bezprzedmiotowy. Wykonawca - konsorcjum: Symmetry-Pidikom, pismem z dnia 3 lipca 2015 roku, skierowanym do zamawiającego oświadczył, że rezygnuje z zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wszystkich dokumentów złożonych w ramach oferty, z wyłączeniem: wykazu dostaw, dowodów, iż dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, uzasadnienia utajnienia oferty. Wykonawca wyjaśnił, iż jakkolwiek dotychczas zastrzeżone informacje stanowią dla niego pewną wartość gospodarczą, to ich ujawnienie jest zgodne z obecnie prowadzoną przez wykonawcę polityką.

Zamawiający, z uwagi na rezygnację z zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pismem z dnia 3 lipca 2015 roku, poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o możliwości udostępnienia odtajnionej części oferty na ich wniosek w możliwie najkrótszym terminie.

Zamawiający podniósł, że odwołujący wskazując, iż wykonawca BIT oraz wykonawca Sansec zaoferowali oprogramowanie biurowe Open Office Professional 2016, które nie spełnia wymagań zamawiającego. Jednocześnie zamawiający wskazał, że odwołujący nie

przytacza dowodów na poparcie swoich twierdzeń, zgodnie z wymogami zawartymi w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, działając z należytą starannością, pismem z dnia 8 czerwca 2015 r. wystąpił do wykonawcy BIT z prośbą o potwierdzenie, czy oferowane przez tego wykonawcę oprogramowanie biurowe spełnia wymagania zamawiającego, tj. czy jest kompletne, nowe, nieużywane, gotowe do pracy, wolne od jakichkolwiek wad fizycznych i prawnych.

W odpowiedzi, pismem z dnia 10 czerwca 2015 r. wykonawca BIT oświadczył, iż dostarczy sprzęt wraz z oprogramowaniem, kompletny, nowy, nieużywany, gotowy do pracy i wolny od jakichkolwiek wad fizycznych i prawnych. Ponadto wykonawca poinformował, iż oferowane oprogramowanie nie pochodzi z nielegalnego źródła i nie jest podrabiane, co zostało potwierdzone w przesłanej przez wykonawcę tabeli.

Ponadto, zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2015 r., wystąpił do OpenOffice Software Sp. z o.o. w celu weryfikacji złożonych ofert z zapytaniem, czy oferowane przez ten podmiot oprogramowanie OpenOfficePL Professional 2016 X86_64 36M spełnia wymagania techniczne postawione przez zamawiającego.

Ustosunkowując się do pisma zamawiającego, Prezes Zarządu spółki OpenOffice Software Sp. z o.o. potwierdził, iż oferowane oprogramowanie spełnia wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego, zdaniem zamawiającego, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BIT, w przedstawionych okolicznościach faktycznych, należy uznać za chybiony. Zamawiający podjął niezbędne działania w celu uzyskania informacji dotyczących oferowanego oprogramowania. Z uzyskanych danych wynikało, iż oferowane przez tego wykonawcę oprogramowanie spełnia wymagania zamawiającego, tym samym zamawiający nie miał podstaw faktycznych oraz prawnych do odrzucenia jego oferty.

Analogiczne postępowanie zamawiający przeprowadził w odniesieniu do wykonawcy Sansec.

Zamawiający, pismem z dnia 8 czerwca 2015 r. wystąpił do wykonawcy SANSEC z prośbą o potwierdzenie, czy oferowane przez tego wykonawcę oprogramowanie biurowe spełnia wymagania zamawiającego, tj. czy jest kompletne, nowe, nieużywane, gotowe do pracy, wolne od jakichkolwiek wad fizycznych i prawnych.

W odpowiedzi, pismem z dnia 8 czerwca 2015 r. wykonawca SANSEC poinformował, iż zaoferowane przez tego wykonawcę oprogramowanie spełnia wymagania zamawiającego.

Ponadto, zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2015 r. wystąpił do OpenOffice Software Sp. z o.o. w celu weryfikacji złożonych ofert z zapytaniem, czy oferowane przez ten podmiot

oprogramowanie OpenOfficePL Professional 2016 X86_64 36M spełnia wymagania techniczne postawione przez Zamawiającego.

Ustosunkowując się do pisma zamawiającego, Prezes Zarządu spółki OpenOffice Software Sp. z o.o. potwierdził, iż oferowane oprogramowanie spełnia wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SANSEC, w przedstawionych okolicznościach faktycznych, należy uznać za chybiony. Zamawiający podjął niezbędne działania w celu uzyskania informacji dotyczących oferowanego oprogramowania. Z uzyskanych danych wynikało, iż oferowane przez tego wykonawcę oprogramowanie spełnia wymagania zamawiającego, tym samym zamawiający nie miał podstaw faktycznych oraz prawnych do odrzucenia jego oferty.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpienia zgłosili:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Symmetry Sp. z o.o., Pidikom Sp. z o.o. Sp. K., ul. Vogla 8, 02-963 Warszawa, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,
- 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia IMMITIS Spółka z o.o., Maxto Sp. z o.o. S.K.A., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione ograniczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia oferty

konsorcjum: Symmetry-Pidikom, art. 96 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia oferty konsorcjum: Symmetry-Pidikom, pomimo, że zastrzeżenie przez wykonawcę części oferty, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp, jako pochodna naruszenia ww. przepisów, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zaniechanie odtajnienia oferty konsorcjum: Symmetry-Pidikom, w powołanym zakresie, uniemożliwiającym weryfikację oferty tego wykonawcy przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, Izba stwierdziła, co następuje.

Rozpatrując zarzut dotyczący nieuprawnionego zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji podanych w ofercie konsorcjum: Symmetry-Pidikom, Izba miała na uwadze odpowiednio przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ustawy Pzp. Wskazany art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zdanie pierwsze stanowi, że Izba zobowiązana jest z urzędu odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi m.in., że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego ustawą (ust. 2 pkt 3). Okoliczności, o których mowa w tym przepisie stanowią negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania, co do jego meritum i tym samym jej zaistnienie skutkuje odrzuceniem odwołania. Powyższy przepis ma także odpowiednie zastosowanie do zarzutu podniesionego po terminie, jednakże w tym przypadku - co podkreślane jest w orzecznictwie i doktrynie - zarzut taki nie podlega rozpoznaniu przez Izbę. Powyższe, w niniejszej sprawie, ma odpowiednie zastosowanie w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż zarzut ten - zdaniem Izby - podniesiony został po upływie terminu określonego przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p.. Zgodnie z powołanym art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p. - wobec czynności innych niż wskazane w ust. 1 i 2 tego artykułu, takich jak - zdaniem Izby - niezasadne zaniechanie udostępnienia/odtajnienia/zastrzeżenia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - odwołanie 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. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO oraz doktrynie, ustawa Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestionowanej czynności - braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa - nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji. Jednocześnie przepisy ustawy P.z.p. stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy P.z.p., oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym, każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz stanowisko zamawiającego w przedmiocie odmowy ich ujawnienia

może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty, bądź alternatywnie - o ile jest to uzasadnione okolicznościami faktycznymi - w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty (ofert) w pełnym zakresie - również w tym zastrzeżonym (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2013 roku, sygn. akt KIO 165/13).

W niniejszym stanie faktycznym, odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania już dnia 17 czerwca 2015 roku, w której to dacie dokonał wglądu w ofertę konsorcjum: Symmetry-Pidikom i otrzymał od zamawiającego informację o zastrzeżeniu części oferty „Tajemnicą przedsiębiorstwa”. Skoro zatem w dacie 17 czerwca 2015 roku, odwołujący był w posiadaniu informacji o podtrzymaniu przez zamawiającego informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa przez odwołującego, to termin na wniesienie skutecznych zarzutów, w tym zakresie upływał dnia 27 czerwca 2015 roku.

Tym samym zarzut powyższy Izba pozostawiła bez rozpoznania, uznając, iż został on podniesiony z uchybieniem przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Podobne stanowisko wyraziły składy orzekające, m.in. w wyrokach z dnia 1 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1241/14 *„Termin wyznaczony w art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p. na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ powoduje wygaśnięcie tego uprawnienia. Z kolei Izba na podstawie odpowiednio stosowanego przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. pozostawia taki spóźniony zarzut bez rozpoznania.”*, z dnia 8 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1780/13 *„Skoro zamawiający przyznał, iż w dniu 15 lipca 2013 r. odmówił udostępnienia pełnej treści ofert, zasadnym jest uznanie w niniejszym stanie faktycznym, iż w świetle art. 182 ust. 3 pkt 1 p.z.p. "powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. (...). Uznając argumentację, że nie ma w p.z.p. przewidzianego terminu na zbadanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, należy pamiętać że wykonawca nie może pozostawać w niepewności, co do czynności (zaniechania czynności) zamawiającego. Wykonawca w przypadku braku jakiejkolwiek informacji ze strony zamawiającego, czekając na decyzję co do dokonania, bądź nie weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pozostawałby w niepewności, ryzykując że jego odwołanie zostanie uznane za spóźnione i w konsekwencji odrzucone przez Izbę, jako wniesione po terminie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p.”*

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców BIT S.A. oraz Sansec Poland S.A., Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba stwierdziła, że obaj ww. wykonawcy zaoferowali oprogramowanie Open Office PL Professional 2016.

Zgodnie z treścią art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.”*.

Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Toruniu w wyroku z dnia 10 marca 2015 roku, sygn. akt VIII Ca 76/15 *„Jeśli chodzi o zarzut niezgodności oferty ww. wykonawcy z treścią s.i.w.z. z powodu nie zaferowania oprogramowania umożliwiającego sterowanie głosem (...), jako niespełniającego wymogów co do sposobu licencjonowania, to także należy uznać go za bezzasadny. Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko KIO, że zamawiający nie wymagał w s.i.w.z., aby w ofercie podany został sposób licencjonowania, a kwestia ta pozostawiona została etapowi realizacyjnemu umowy. W ocenie Sądu zamawiający nie wymagał w s.i.w.z. zaferowania przez wykonawcę licencji rental, co zakłada skarżący. (...). Wbrew stanowisku skarżącego wymagań obciążających wykonawcy, ze skutkiem odrzucenia jego oferty, jako niezgodnej z s.i.w.z. nie można domniemywać i to na niekorzyść wykonawcy. Rozszerzająca wykładnia postanowień s.i.w.z. na etapie badania i oceny ofert jest w tym zakresie nieuzasadniona, nawet w przypadku uznania, że określona weryfikacja, której zamawiający nie przewidział w s.i.w.z. byłaby celowa lub przynajmniej pożądana.”*.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego na gruncie stosowania art. 233 § 1 kpc, za utrwalony należy przyjąć pogląd, że kwestionowanie dokonanej przez sąd oceny dowodów nie może polegać jedynie na zaprezentowaniu własnych, zadowalających dla skarżącego ustaleń stanu faktycznego, dokonanych na podstawie własnej, korzystnej dla skarżącego oceny materiału dowodowego (vide: postanowienie SN z 10 stycznia 2002 roku, sygn. II CKN 572/99).

Przedkładając powyższe na ustalony w sprawie stan faktyczny sprawy, wskazać należy, że odwołujący poza ustnym i pisemnym stanowiskiem nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń. Dowody zgłoszone w trakcie rozprawy przez odwołującego Izba uznała za mało wiarygodne, gdyż nie odnoszą się do treści ofert kwestionowanych wykonawców, albowiem wykonawcy ci zaoferowali oprogramowanie Open Office PL Professional 2016, natomiast dowody zgłoszone przez odwołującego dotyczą wersji tego oprogramowania z roku 2014. Dlatego też, w ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił, iż oprogramowanie zaferowane przez wykonawców BIT S.A. oraz Sansec Poland S.A. jest sprzeczne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z czym zarzut powyższy należało uznać za bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: