

Sygn. akt: KIO 1091/16

Sygn. akt: KIO 1115/16

Sygn. akt: KIO 1146/16

WYROK

z dnia 14 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 4 i 11 lipca 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 20 czerwca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) IMMITIS Spółka z o.o., (2) Maxto sp. z o.o. S.K.A., (3) Towarzystwo Handlowe "ALPLAST" Sp. z o.o. Sp.k., adres dla pełnomocnika: ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz,**
- B. w dniu 24 czerwca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) "KONCEPT" Sp. z o.o., (2) Egida IT Solutions Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa,**
- C. w dniu 27 czerwca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Techsource Sp. z o.o., (2) KENBIT KOENIG I WSPÓLNICY Sp. j., (3) Computex Sp. z o.o., Sp.k., (4) Decsoft S.A, adres dla pełnomocnika: ul. Piłsudskiego 13, 05-120 Legionowo**

w postępowaniu prowadzonym przez

Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) "KONCEPT" Sp. z o.o., (2) Egida IT Solutions Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Wodniaków 19 03-992 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1091/16 po stronie zamawiającego, KIO 1146/16 po stronie odwołującego,

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Sp. z o.o., (2) OPTIMUS Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Michałowice 169, 49-314 Pisarzowice** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1091/16 po stronie zamawiającego oraz KIO 1115/16 po stronie odwołującego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Techsource Sp. z o.o., (2) Techsource Sp. z o.o. Spółka komandytowa, (3) Computex Sp. z o.o., (4) Intaris Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Piłsudskiego 13, 05-120 Legionowo** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1091/16 po stronie zamawiającego oraz KIO 1115/16 po stronie odwołującego,
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Techsource Sp. z o.o., (2) KENBIT KOENIG I WSPÓLNICY Sp. j., (3) Computex Sp. z o.o., Sp.k., (4) Decsoft S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Piłsudskiego 13, 05-120 Legionowo** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1115/16 po stronie odwołującego,
- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) IMMITIS Spółka z o.o., (2) Maxto sp. z o.o. S.K.A., (3) Towarzystwo Handlowe "ALPLAST" Sp. z o.o. Sp.k., adres dla pełnomocnika: ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1115/16 po stronie zamawiającego,
- F. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., (2) Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Opaczewska 42/lok. 110, 02-372 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1115/16 oraz KIO 1146/16 po stronie zamawiającego,
- G. wykonawcy **Qumak S.A., Aleje Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1146/16 po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1091/16.
- 1B. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1115/16.
- 1C. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1146/16.

W konsekwencji uwzględnienia odwołań sygn. akt KIO 1115/16 i KIO 1146/16 nakazuje Zamawiającemu **Resortowemu Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi** ujawnienie następujących dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., (2) Intertrading Systems Technology Sp. z o.o.** wraz z ofertą w I części postępowania:

- formularza ofertowego w zakresie informacji dotyczących producenta, modelu oraz typu urządzenia,
- specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu,
- certyfikatów, deklaracji, list kompatybilności,
- uzasadnienia zastrzeżenia informacji.

2. kosztami postępowania obciąża:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) IMMITIS Spółka z o.o., (2) Maxto sp. z o.o. S.K.A., (3) Towarzystwo Handlowe "ALPLAST" Sp. z o.o. Sp.k., adres dla pełnomocnika: ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz,**

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., (2) Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Opaczewska 42/lok. 110, 02-372 Warszawa i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) IMMITIS Spółka z o.o., (2) Maxto sp. z o.o. S.K.A., (3) Towarzystwo Handlowe "ALPLAST" Sp. z o.o. Sp.k., adres dla pełnomocnika: ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz,** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) "KONCEPT" Sp. z o.o., (2) Egida IT Solutions Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Techsource Sp. z o.o., (2) KENBIT KOENIG I WSPÓLNICY Sp. j., (3) Computex Sp. z o.o., Sp.k., (4) Decsoft S.A, adres dla pełnomocnika: ul. Piłsudskiego 13, 05-120 Legionowo** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) IMMITIS Spółka z o.o., (2) Maxto sp. z o.o. S.K.A., (3) Towarzystwo Handlowe "ALPLAST" Sp. z o.o. Sp.k., adres dla pełnomocnika: ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) "KONCEPT" Sp. z o.o., (2) Egida IT Solutions Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Wodniaków 19/03-992 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., (2) Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Opaczewska 42/lok. 110, 02-372 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) "KONCEPT" Sp. z o.o., (2) Egida IT Solutions Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.4 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., (2) Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Opaczewska 42/lok. 110, 02-372 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Techsource Sp. z o.o., (2) KENBIT KOENIG I WSPÓLNICY Sp. j., (3) Computex Sp. z o.o., Sp.k., (4) Decsoft S.A, adres dla pełnomocnika: ul. Piłsudskiego 13, 05-120 Legionowo** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sygn. akt: KIO 1091/16

Sygn. akt: KIO 1115/16

Sygn. akt: KIO 1146/16

Uzasadnienie

I. Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa sprzętu informatycznego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 20 lutego 2016 r., poz. 2014/S 036-057872. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Ustawa).

Odwołanie sygn. akt KIO 1091/16

W dniu 20 czerwca 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IMMITIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna w Krakowie, Towarzystwo Handlowe "ALPLAST" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna w Kołobrzegu (dalej: Odwołujący albo Konsorcjum) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a. art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez prowadzenie Postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- b. art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na złożenie dokumentów oraz niewydłużenie terminu pomimo tego, że było ono konieczne i uzasadnione obiektywnymi przesłankami;
- c. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na nieprzedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów, podczas gdy wymóg Zamawiającego, aby dokumenty potwierdzające spełnianie przez zaoferowane urządzenia wymagań Zamawiającego pochodziły od producentów urządzeń utrudniały uczciwą konkurencję;

d. art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503) (dalej: „UZNK”) poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz utrudniający wykonawcom dostęp do rynku;

W konsekwencji tak sformułowanych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu przywrócenie terminu na złożenie dokumentów potwierdzających, że oferowany sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego i wyznaczenie go na dzień przypadający po ogłoszeniu wyroku Izby, nie wcześniej niż dnia 4 lipca 2016 r.

Odwołujący uzasadniając zarzuty podniesione w odwołaniu podawał, iż Zamawiający w dniu 9 czerwca 2016 r. wezwał Odwołującego do złożenia do dnia 15 czerwca 2016 r., do godziny 11.00 dokumentów potwierdzających spełnienie przez zaoferowane przez Odwołującego urządzenia wymagań Zamawiającego. Wezwanie dotyczyło następujących urządzeń:

- 1) Stacja robocza TH ALPLAST/ADS/S26;
- 2) Małogabarytowa stacja robocza TH ALPLAST/ADS/S27;
- 3) Stacja graficzna Lenovo/ThinkStation/P900
- 4) Monitor M2 NEC/EA224W Mi
- 5) Monitor M3 NEC/PA242W;
- 6) Monitor M4 NEC/PA272W;
- 7) Monitor M5 NEC/EA302W;
- 8) Monitor MW1/NEC/P403+SB3-AB1;
- 9) Monitor MW2 NEC/P463+SB3-AB1

Z wyjątkiem dwóch pierwszych pozycji, zaoferowane przez Konsorcjum urządzenia stanowią urządzenia podmiotów trzecich zajmujących się produkcją sprzętu informatycznego. Podmioty te nie są powiązane kapitałowo z Konsorcjum, łączy je z Konsorcjum jedynie współpraca biznesowa. Większość dokumentów dotyczących urządzeń podmiotów trzecich NEC i Lenovo mogła zostać uzyskana tylko i wyłącznie z pomocą producentów bądź jego przedstawiciela w Polsce: NEC Display Solutions Europe GmbH Przedstawicielstwo w Polsce (dalej: „NEC”) oraz Lenovo Technology B.V. Sp. z o. o. Oddział w Polsce (dalej: „Lenovo”) (dalej łącznie jako: „Producenci”).

Odwołujący wyjaśniał, że wszystkie dokumenty wskazane w pkt 3 wezwania z dnia 9 czerwca 2016 r., dotyczące urządzeń Lenovo mogły zostać uzyskane jedynie od producenta urządzeń. Konsorcjum było w posiadaniu jedynie dokumentów o których mowa w pkt 3a) i 3m) wezwania (wydruk z testów SPECint_rate oraz raport w zakresie ISO 7779 - głośność jednostki), jednak musiały one również zostać potwierdzone przez producenta.

W odniesieniu do pkt 4 - 9 wezwania, następujące dokumenty mogły zostać uzyskane jedynie od producenta urządzeń, firmy NEC:

- 1) Oświadczenie producenta monitora lub autoryzowanego przedstawiciela na terenie RP, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem monitorów NEC EA224WMi, NEC PA242W, NEC PA272W, NEC PA302W, NEC P403+SB3-AB1, NEC P463+SB3-AB1,
- 2) Certyfikat ISO 9001:2000 dla firmy serwisującej monitory NEC EA224WMi, NEC PA242W, NEC PA272W, NEC PA302W, NEC P403+SB3-AB1, NEC P463+SB3-AB1,
- 3) Autoryzacja producenta dla firmy serwisującej monitory NEC EA224WMi, NEC PA242W, NEC PA272W, NEC PA302W, NEC P403+SB3-AB1, NEC P463+SB3-AB1,
- 4) Certyfikat TCO 03 lub nowszy dla monitora NEC EA224WMi,
- 5) Deklaracja zgodności CE dla monitora NEC PA242W,

- 6) Deklaracja zgodności CE dla monitora NEC PA272W,
- 7) Deklaracja zgodności CE dla monitora NEC P403+SB3-AB1,
- 8) Deklaracja zgodności CE dla monitora NEC P463+SB3-AB1.

W związku z powyższym, jako że uzyskanie dokumentów stanowiących oświadczenia producentów bądź dokumentów przez nich potwierdzonych natrafiło na trudności nie wynikające z winy Konsorcjum, w dniu 13 czerwca 2016 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na złożenie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów do dnia 4 lipca 2016 r. Odwołujący szczegółowo wyjaśnił, iż trudności związane z uzyskaniem dokumentów były spowodowane brakiem współpracy ze strony Producentów. W dniu 14 czerwca 2016 r. Zamawiający odmówił przedłużenia terminu w związku z czym Odwołujący w tym samym dniu złożył ponowny wniosek o wydłużenie terminu. Wniosek ten jednak również został negatywnie rozpatrzony przez Zamawiającego.

W dniu 15 czerwca, tuż po upływie terminu na złożenie dokumentów Konsorcjum uzyskało prawie wszystkie potrzebne dokumenty od Producenta Lenovo. Producent w pewnym zakresie postawił wymagania wykraczające poza treść SIWZ i nie złożył jednego z wymaganych oświadczeń.

Dalej Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia dokumentów w dniu 9 czerwca 2016 r. wyznaczając termin na ich złożenie do godziny 11.00 dnia 15 czerwca 2016 r. Realnie Odwołujący miał więc 3 dni robocze na złożenie obszernej dokumentacji. Termin ten prawdopodobnie nie byłby terminem zbyt krótkim w normalnych okolicznościach, jednak w okolicznościach niniejszej sprawy, był on zdecydowanie zbyt krótki na złożenie wszystkich dokumentów. Było to spowodowane tym, że część dokumentów, do złożenia których wezwał Zamawiający, stanowiły dokumenty, który mogły zostać uzyskane tylko i wyłącznie od producentów zaoferowanych urządzeń. Oznacza to, że uzupełnienie przez Konsorcjum tych dokumentów w terminie było całkowicie uzależnione od współdziałania podmiotów trzecich. W związku z tym, Zamawiający powinien wyznaczyć dłuższy termin na uzupełnienie dokumentów, bądź przynajmniej przedłużyć go zgodnie z wnioskiem Odwołującego po uzyskaniu informacji o braku współpracy ze strony Producentów.

Zdaniem Odwołującego, to nie brak należytej staranności Konsorcjum, lecz treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) stanowił przyczynę dla której Konsorcjum miało problemy z uzyskaniem dokumentacji. Taka konstrukcja SIWZ, zgodnie z którą Wykonawca ubiegający się o zamówienie, jest zobowiązany do pozyskania dokumentów od działających komercyjnie podmiotów trzecich, powoduje, że to woli tych podmiotów zależy, czy dany Wykonawca będzie w stanie uzyskać zamówienie.

W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie uzyskanie oświadczeń od podmiotów na czas było niezwykle utrudnione. Konsorcjum wielokrotnie informowało przedstawicieli producentów zaoferowanego sprzętu - NEC oraz Lenovo o konieczności złożenia wskazanych w wezwaniu oświadczeń. Jeszcze przed złożeniem oferty, na etapie jej przygotowania Konsorcjum podkreślało niezbędność złożenia oświadczeń wraz z ofertą. Przedstawiciele Producentów zapewniali Konsorcjum o możliwości złożenia oferty obejmującej ich urządzenia i nie wnosili w tym zakresie żadnych zastrzeżeń. Niestety, z niewiadomych dla Odwołującego przyczyn Producenci do terminu składania ofert nie złożyli oświadczeń, stukiem czego Konsorcjum było zmuszone złożyć ofertę bez niezbędnych dokumentów. Po złożeniu oferty Konsorcjum nadal wzywało Producentów do złożenia oświadczeń. Ostatecznie Konsorcjum uzyskało prawie wszystkie potrzebne dokumenty od Producenta Lenovo, jednak nastąpiło to w dniu 15 czerwca 2016 r. o godzinie 12.55, czyli niecałe dwie godziny po upływie terminu na złożenie dokumentów wyznaczonym przez Zamawiającego. Rozmowy z producentem NEC w przedmiocie uzyskania oświadczeń nadal trwają.

Odwołujący podkreślał, że zaoferowany przez Konsorcjum sprzęt spełnia wszelkie wymagania Zamawiającego, jednakże - z uwagi na treść SIWZ, a dokładnie Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) (Część II, str. 37-77 OPZ) oraz zachowanie podmiotów trzecich Konsorcjum nie było w stanie uzyskać dokumentów w wyznaczonym terminie.

Podnosił również, iż Producenci mieli pełną świadomość tego, że ich sprzęt został zaoferowany przez Konsorcjum w niniejszym Postępowaniu. Jeszcze przed złożeniem oferty Konsorcjum zwróciło się do nich z prośbą o przygotowanie oferty cenowej oraz przekazanie informacji o konfiguracji sprzętu, informując jednocześnie o

konieczności złożenia oświadczenia potwierdzającego, że zaoferowany sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego. Pomimo wyrażenia woli współpracy w zakresie złożenia oferty zawierającej sprzęt Producentów, Producenci nie wywiązali się ze swoich obowiązków - Producent Lenovo dostarczył dokumentu tuż po terminie, a Producent NEC w dalszym ciągu utrudnia uzyskanie dokumentów.

W dniu 10 czerwca 2016 r., już po wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia Konsorcjum po raz kolejny zwróciło się do Producentów z prośbą o złożenie oświadczeń potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego podkreślając, iż niezłożenie oświadczenia w terminie będzie skutkowało odrzuceniem oferty Konsorcjum, która ma szansę zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie niezwykle istotna jest okoliczność, iż urządzenia producentów Lenovo oraz NEC zaoferowali wszyscy inni wykonawcy biorący udział w Postępowaniu w Części II: Decsoft S.A; Konsorcjum firm: „Koncept” Sp. z o. o. i Egida U Solutions Sp. z o. o.; Konsorcjum firm: „PIOMAR” Sp. z o. o. i OPTIMUS Sp. z o. o. oraz Konsorcjum firm: Techsource Sp. z o. o., Techsource Sp. z o. o. Sp.k., Computex Sp. z o. o. oraz Intaris Sp. z o. o. Oznacza to, że wszyscy wykonawcy biorący udział w Postępowaniu w Części II zobowiązani są do przedłożenia tych samych oświadczeń producentów, co oznacza iż Producenci powinni udzielić oświadczeń na rzecz wszystkich wskazanych powyżej wykonawców. Konsekwencją tego jest okoliczność, iż Producenci decydując się na złożenie odpowiedniego oświadczenia na rzecz wybranych wykonawców, mogli decydować o wyniku Postępowania. Producenci mieli pełną świadomość konsekwencji niezłożenia oświadczenia w terminie, co oznacza iż mogli swobodnie zdecydować o tym, któremu z wykonawców Udzielą niezbędnych oświadczeń, a którym nie.

Według Odwołującego, udzielenie przez Producentów oświadczeń jedynie wybranym przez siebie wykonawcom, (bądź udzieleni ich po terminie) może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. 153.1503 z późn. zm.) (dalej: „UZNK”). Tego rodzaju działania są sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami i naruszają interes tych wykonawców, którym Producenci bezzasadnie odmówili bądź utrudnili złożenie oświadczeń w terminie. Postępując w ten sposób Producenci utrudniają niektórym wykonawcom dostęp do rynku. Zgodnie z art. 15 ust. 1 UZNK utrudnianie

dostępu do rynku innym przedsiębiorcom stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i polega ono w szczególności na: i) sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; ii) nakłanianiu osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców; iii) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów; iv) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży; v) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Opisane powyżej postępowanie Producentów spełnia przesłanki o których mowa zarówno w pkt iii) i v), gdyż stanowi nieuzasadnione zróżnicowane traktowanie kontrahentów jak i stwarza warunki do tego, aby Zamawiający był zmuszony do wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, któremu złoży niezbędne oświadczenia, choćby nawet jego oferta nie była najkorzystniejsza. W przypadku dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przedsiębiorcy, którego interes został zagrożony lub naruszony, przysługują roszczenia cywilnoprawne.

Okoliczność, iż Odwołującemu nie udało się w terminie uzyskać niezbędnych oświadczeń od Producenta NEC, natomiast oświadczenia od Producenta Lenovo uzyskał (w niepełnym zakresie) tuż po upływie terminu na jego złożenie, może świadczyć o tym, iż Producenci świadomie i celowo utrudnili uczciwą konkurencję, przez co Odwołującemu został utrudniony dostęp do rynku, ponieważ konsekwencją niezuzupełnienia dokumentów będzie odrzucenie jego oferty. Jeśli takie działania byłyby skutkiem zawarcia porozumienia pomiędzy wykonawcą a Producentem, stanowiłoby to czyn o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 6) Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (Dz.U. 2015.184 z późn. zm.) (dalej: „UOKiK”). Zgodnie z powołanym przepisem zakazane są porozumienia których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Jednym z przykładów otwartego katalogu tych porozumień jest porozumienie polegające na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Porozumieniem jest przy tym nie tylko pisemna umowa, lecz również uzgodnienia dokonane w

jakiegokolwiek formie pomiędzy dwoma lub więcej przedsiębiorcami lub ich związkami (art. 4 pkt 5 b) UOKiK).

Dalej Odwołujący wywodził, iż jeżeli porozumienie o którym mowa powyżej faktycznie byłoby zawarte pomiędzy Producentem a wykonawcą (wykonawcami), jego skutkiem byłoby naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Za tego rodzaju zakłócenie konkurencji „uznawać należy takie środki, które wprawdzie nie skutkują bezpośrednim ograniczeniem swobody działań rynkowych przedsiębiorstw, lecz prowadzą do sztucznej zmiany warunków konkurencji, w sposób kolidujący z chronionym przez prawo systemem niezakłóconej konkurencji na rynku”. Sytuacja, w której część wykonawców nie jest w stanie uzupełnić dokumentów niezbędnych w Postępowaniu na skutek selektywnego (i bezpodstawnego) udzielenia oświadczeń przez Producentów, bez wątplenia prowadzi do sztucznej zmiany warunków konkurencji, gdyż zostaje ona zawężona do wykonawców współpracujących z Producentem, wykluczając innych, choćby nawet ich oferty były korzystniejsze dla Zamawiającego.

Zgodnie z art. 7 Ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Natomiast zgodnie z art. 29 ust 2 Prawa zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ustawodawca kładzie więc duży nacisk na to, aby postępowania prowadzone w trybie zamówień publicznych były prowadzone w warunkach uczciwej konkurencji, a więc w taki sposób, który stwarza warunki do rzeczywistej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami pozwalającej na wybór oferty tego wykonawcy, który przedstawi najkorzystniejszą ofertę.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający zawarł szereg wymagań dotyczących sprzętu, których spełnienie musi zostać potwierdzone przez oświadczenie bądź potwierdzenie producenta lub jego przedstawiciela w Polsce. Na etapie weryfikacji przez Konsorcjum treści SIWZ, wymóg ten nie wydawał się zagrażać uczciwej konkurencji, ponieważ wówczas nie sposób było zakładać, że Producenci podejmować będą działania, które - w ocenie Konsorcjum - są sprzeczne z prawem i zmierzają do uniemożliwienia pozyskania zamówienia przez Konsorcjum przy wykorzystaniu pozycji producenta. Niestety, okazało się iż w tym Postępowaniu

takie działania były podejmowane i ich skutkiem była niemożność uzyskania przez Konsorcjum dokumentów w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Należy podkreślić, iż oświadczenia tego rodzaju są zazwyczaj były uzyskiwane od Producentów w innych postępowaniach w błyskawicznym tempie (nawet w przeciągu kilkudziesięciu minut). Zachowanie Producentów jest więc w tym Postępowaniu nietypowe i zaskakujące dla Odwołującego. Okazało się więc, że wymóg ten wprost zagraża uczciwej konkurencji i zadaniem Zamawiającego powinno być przywrócenie uczciwej konkurencji, chociażby poprzez wydłużenie terminu na złożenie dokumentów. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej termin na uzupełnienie dokumentów powinien być terminem realnym dla wykonawcy działającego z należytą starannością:

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zdając sobie sprawę z trudności w uzyskaniu dokumentów oraz tego, że ich nieuzyskanie w odpowiednim terminie nie stanowiło skutku braku należytej staranności ze strony Konsorcjum, lecz było całkowicie zależne od podmiotów trzecich, powinien dołożyć wszelkich starań, aby przywrócić uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Pomimo takiego ukształtowania SIWZ które - jak się później okazało - w pewnym stopniu utrudnia uczciwą konkurencję, Zamawiający był więc w stanie ograniczyć jego negatywne skutki. Postanowienia SIWZ okazały się niekonkurencyjne w szczególności w sytuacji w której wszyscy wykonawcy biorący udział w Postępowaniu w zakresie Części II zaoferowali urządzenia tych samych Producentów. Wymóg dostarczenia oświadczeń Producenta w takich okolicznościach faktycznych w praktyce oznaczał, iż to Producenci mogli zdecydować który z wykonawców uzyska zamówienie.

W konsekwencji zdaniem Odwołującego, wyznaczenie przez Zamawiającego tak krótkiego terminu na złożenie przez Konsorcjum oświadczeń Producentów oraz odmowa jego wydłużenia, w opisanej sytuacji zwiększyła niekonkurencyjność postanowień zawartych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, a w konsekwencji niekonkurencyjność Postępowania. Odwołujący podkreśla, że nie jest przedmiotem niniejszego odwołania kwestionowanie postanowień SIWZ. Niewątpliwie jednak treść postawionych w SIWZ wymagań składa się na całość stanu faktycznego, który powinien być wzięty przez Zamawiającego pod uwagę, przy podejmowaniu decyzji co do wyznaczenia czasu na uzupełnienie żądanych dokumentów. W stanie faktycznym opisanym niniejszym odwołaniem, Zamawiający powinien był uwzględnić wskazane

powyżej okoliczności, wyznaczając termin na uzupełnienie dokumentów oraz rozpatrując wniosek Wykonawcy o jego przedłużenie tak, by w realiach przedmiotowego postępowania oraz sytuacji Wykonawcy, uzupełnienie dokumentów było faktycznie możliwe. Zarówno wyznaczenie terminu zbyt krótkiego, jak i odmowa jego przedłużenia, przy pełnej świadomości przyczyn problemu z uzupełnieniem dokumentów, stanowią w ocenie Odwołującego naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów.

Odwołanie sygn. akt KIO 1115/16

W dniu 24 czerwca 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: "KONCEPT" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Egida IT Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 1 i ust. 4 UZNK poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu części ofert złożonych przez Konsorcjum IMMITIS oraz Konsorcjum TRADEX;
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez brak przedstawienia w piśmie z dnia 22.06.2016 r. informującym o utajnieniu oferty, jakiegokolwiek uzasadnienia potwierdzającego dopuszczalność zastrzeżenia przedmiotowych informacji.

W konsekwencji tak sformułowanych zarzutów, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania informacji, zastrzeżonych w treści ofert złożonych przez Konsorcjum IMMITIS oraz Konsorcjum TRADEX.

Uzasadniając zarzuty podniesione w odwołaniu, Odwołujący podawał, że Konsorcjum IMMITIS zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dokumenty:

- specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu (załącznik nr 3 do oferty);
- testy BABCo oraz raporty głośności dla stacji SD i MSD we wszystkich konfiguracjach;

- informacja na temat zdolności kredytowej/wysokości środków finansowych posiadanych przez wykonawcę oraz informacja na temat podmiotu wystawiającego opinię;
- informacja na temat zdolności kredytowej/wysokości środków finansowych podmiotu trzeciego oraz Informacja na temat podmiotu udostępniającego oraz wystawiającego opinię;
- dane podmiotu trzeciego udostępniającego zdolności finansowe.

Z kolei, z oferty Konsorcjum TRADEX wynika, że zastrzegło ono jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dokumenty (strony od 57 do 87):

- formularz ofertowy;
- specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu;
- certyfikaty, deklaracje, listy kompatybilności;
- uzasadnienie zastrzeżenia informacji;
- informacja banku.

W pismach z dnia 20.05.2016 r. (Konsorcjum TRADEX) oraz z dnia 23.05.2016 r. (Konsorcjum IMMITIS) Zamawiający poinformował tych wykonawców o odtajnieniu części ofert, zastrzeżonych przez nich jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na powyższą czynność odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej złożyli ww. wykonawcy domagając się unieważnienia czynności odtajnienia części ich ofert w zakresie: załącznika nr 3 tj. specyfikacji technicznej (dot. Konsorcjum IMMITIS) oraz oferty od strony nr 57 (dot. oferty Konsorcjum TRADEX, z zastrzeżeniem, że Odwołujący nie przekazał strony nr 2 odwołania, zawierającej m.in. żądania, stąd zakres zaskarżenia należy domniemywać z pkt IV odwołania Konsorcjum TRADEX).

Pismami z dnia 17.06.2016 r. Zamawiający uwzględnił oba odwołania. W okolicznościach zgłoszonego przez Przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego sprzeciwu od uwzględnienia odwołania obaj odwołujący wycofali złożone odwołania.

W związku z wycofaniem odwołań przez ww. wykonawców, świadczącym o wycofaniu się ich z zarzutów dotyczących bezzasadnego odtajnienia ich ofert, pismem z dnia 20.06.2016 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu zastrzeżonych części ofert. Pismem z dnia 22.06.2016 r.

Zamawiający odmówił ich udostępnienia i poinformował, że w dniu 17.06.2016 r. „dokonał czynności utajnienia części ofert” złożonych przez Konsorcjum TRADEX oraz Konsorcjum 1MMITIS.

W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie przez Konsorcjum IMMITIS treści specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu (załącznik nr 3) oraz stron od 57 do 87 przez Konsorcjum TRADEX dokonane został z naruszeniem art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 1 UZNK.

Stosownie do treści art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych warunkiem zastrzeżenia oferty, jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, jest wykazanie (udowodnienie) przez wykonawcę, nie później niż w treści składanej oferty, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i ust. 4 UZNK.

Odwołujący stwierdza, że Konsorcja IMMITIS oraz TRADEX nie udowodniły w treści oferty, że zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika z uzasadnienia utajnienia oferty Konsorcjum IMMITIS, wykonawca ten w żaden sposób nie wykazał okoliczności na które powoływał się w swoim piśmie o utajnieniu oferty, w tym poza ogólnymi stwierdzeniami nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą, jak też nie przedstawił żadnych dowodów, z których wynikałoby, że w stosunku do nich wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

W odniesieniu do ogólnikowych wyjaśnień dotyczących wartości gospodarczych zastrzeżonych informacji Odwołujący wskazuje, że będące przedmiotem oferty Konsorcjum IMMITIS stacje robocze i monitory stanowią standardowy sprzęt, wyposażony w standardowe rozwiązania. Odwołujący stwierdza, że argumentacja Konsorcjum IMMITIS, zawarta w uzasadnieniu utajnienia, jak i w treści odwołania z dnia 2 czerwca 2016 r., ukierunkowana jest na stworzenie mylnego wyobrażenia, jakoby przedmiotem oferty, a tym samym zamówienia była dostawa specjalistycznego sprzętu, skomplikowanej konfiguracji, oryginalnego rozwiązania o unikalnej wartości (określenia wprost używane przez Konsorcjum IMMITIS), gdzie

sam dobór produktów wymaga posiadania szczególnego know-how w obszarze objętym zamówieniem.

Odwołujący przypominał, że stosownie do treści SIWZ (pkt 3.2) przedmiotem zamówienia jest sprzęt mający pochodzić z produkcji seryjnej i z oficjalnego kanału dystrybucji. Wykluczone było zatem oferowanie sprzętu stanowiącego prototypy. Twierdzenia o szczególnym przedmiocie oferty są zatem bezpodstawne.

Konsorcjum IMMITIS w swoim uzasadnieniu utajnienia nawet nie próbowało wykazać na czym opiera twierdzenia o unikalnej wartości zaoferowanego rozwiązania. Nie wskazywało m.in. tych aspektów technicznych przedmiotu zamówienia, które uzasadniałyby przyjęcie, że złożenie oferty wymagało posiadania szczególnej wiedzy technicznej, mającej istotną wartość gospodarczą.

Odwołujący zauważał, że Konsorcjum IMMITIS ujawniło nazwy oferowanych produktów, a specyfikacje techniczne tych produktów, w zasadniczym zakresie są publicznie dostępne. Twierdzenie Konsorcjum IMMITIS, że specyfikacje techniczne produktów nie są dostępne, a oferowane produkty stanowią nowatorskie rozwiązania, stałoby z kolei w sprzeczności z przywołanym powyżej pkt 3.2 SIWZ i przeczyłoby tezie, że wykonawca spełnił wymóg określony w tym punkcie.

Odwołujący zwracał uwagę, iż wymagania techniczne dotyczące zamawianego sprzętu zostały szczegółowo opisane przez Zamawiającego. To Zamawiający zatem, a nie wykonawca, jak stara się sugerować Konsorcjum IMMITIS, określił szczegółową konfigurację sprzętu. Wypełnienie załącznika nr 3 nie wymagało zatem żadnej wiedzy specjalistycznej. W praktyce oznaczało jedynie potrzebę przepisania wymagań Zamawiającego z dodaniem nazw podstawowych, typowych podzespołów - np. procesora, pamięci dysku i płyty głównej.

Według Odwołującego, z treści odwołania Konsorcjum IMMITIS oraz uzasadnienia utajnienia oferty wynikałoby, że wykonawca ten zamierza zastosować jakieś szczególnie skomplikowane rozwiązania techniczne, aby spełnić wymagania Zamawiającego. Tymczasem, ponownie należy wskazać, że przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu pochodzącego z seryjnej produkcji, powszechnie dostępnego, a nie prototypów.

Sugestie Konsorcjum IMMITIS, że oferuje on nowatorskie rozwiązanie dedykowane specjalnie dla Zamawiającego może sugerować, że wykonawca ten nie ma dostępu

do produktów spełniających wymagania określone w SIWZ, lub też próbuje w sposób sztuczny obejść te wymagania. Okoliczność ta tym bardziej rodzi konieczność odtajnienia oferty. Doświadczenie wskazuje bowiem, że wykonawcy obawiają się udostępnienia ofert konkurencji i zdają sobie sprawę z tego, że ma ona bardzo dobrą orientację co do specyfiki przedmiotu zamówienia, stąd mając dostęp do oferty mogłaby w prosty sposób wykazać jej niezgodność z treścią SIWZ.

W odniesieniu do wymagań z pkt 3.2 SIWZ dodawał, że w celu potwierdzenia spełnienia określonych w SIWZ wymagań technicznych Zamawiający żądał załączenia do oferty szeregu dokumentów przedmiotowych w tym testów BABCo i wyników badania głośności, których sporządzenie nie jest możliwe w przededniu składania ofert. Potwierdza to, że przedmiotem zamówienia jest standardowy sprzęt.

Odwołujący wskazywał ponadto, że analogiczny, jak będący przedmiotem niniejszego postępowania sprzęt był przedmiotem przetargów organizowanych przez tożsamą jednostkę Ministerstwa Obrony Narodowej tj. Inspektorat Uzbrojenia w poprzednich latach. To również przeczy sugerowanej tezie, że przedmiotem zamówienia jest dostawa nowatorskich rozwiązań.

Odwołujący podkreśla ponadto, że Konsorcjum IMMITIS zaskarżyło w treści swojego odwołania wyłącznie odtajnienie załącznika nr 3, stąd szczególnie niezrozumiałym jest dlaczego Zamawiający odmówił udostępnienia pozostałych dokumentów tj. innych niż załącznik nr 3. Żądanie udostępnienia również tych dokumentów jest w pełni uzasadnione.

Przedstawiona powyżej argumentacja (lit. a) zachowuje w ocenie Odwołującego swoją aktualność w odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum TRADEX i Odwołujący przywołuje ją w tej części odwołania. Analogicznie jak Konsorcjum IMMITIS, co wynika z odwołania Konsorcjum TRADEX z dnia 30.05.2016 r., wykonawca ten uzasadniał konieczność utajnienia części oferty, w tym dokumentów przedmiotowych oraz formularza oferty zawierającego nazwy oferowanych produktów, okolicznościami takimi jak: zaoferowanie specjalistycznego sprzętu, skomplikowanej konfiguracji, oryginalnego rozwiązania o unikalnej wartości, gdzie sam dobór produktów wymaga posiadania szczególnego know-how w obszarze objętym zamówieniem.

Odwołujący zaprzecza powyższym twierdzeniom Konsorcjum TRADEX, Przedmiotem zamówienia są standardowe serwery, nie ma w tym przypadku mowy o zakupie, czy też zaoferowaniu nowatorskich rozwiązań.

Ponadto, analogicznie jak w przypadku zadania nr II w zadaniu nr I dla wypełnienia załącznika nr 3 (specyfikacja techniczna) wystarczające było przepisanie wymagań Zamawiającego ze wskazaniem podstawowej informacji tj. nazwy oferowanego serwera.

Konsorcjum TRADEX w żaden sposób nie wykazało zdaniem Odwołującego, co wynika z treści odwołania tego wykonawcy z dnia 30.05.2016 r., okoliczności warunkujących utajnienie oferty. Poza ogólnymi stwierdzeniami nie przedstawiło ono żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą, jak też nie przedstawiło żadnych dowodów, z których wynikałoby, że w stosunku do nich wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Odwołujący podkreślał oczywistą niedopuszczalność utajnienia pisma Konsorcjum TRADEX zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia części oferty. Wykonawca ten złożył w całości jawne odwołanie na czynność odtajnienia jego oferty w którym uzasadniał dlaczego zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tych okolicznościach nie sposób przyjąć, że informacje zawarte w uzasadnieniu zostały skutecznie zastrzeżone.

Odwołanie sygn. akt 1146/16

W dniu 27 czerwca 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Techsource spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legionowie, KENBIT KOENIG I WSPÓLNICY spółka jawna w Warszawie, Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie oraz Decsoft spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie udostępnienia części oferty złożonej przez Konsorcjum Tradex, w zakresie tej części oferty, która została przez Konsorcjum Tradex utajniona, a następnie odtajniona przez

Zamawiającego w dniu 23 czerwca 2016 r., jak też wyjaśnień dostarczonych w wyniku wezwania opartego o art. 26 ust 4 Prawa zamówień publicznych potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają wymagania zamawiającego;

a alternatywnie:

- 2) naruszenie art. 8 ust 3 w związku z 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, że dokumenty zastrzeżone przez Konsorcjum Tradex objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 3) naruszenie art. 8 ust 3 poprzez zaniechanie udostępnienia treści oferty Konsorcjum Tradex pomimo, że Konsorcjum Tradex nie wykazało, że zastrzeżona część oferty faktycznie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: odtajnienia oferty Konsorcjum Tradex w części zastrzeżonej. Ponadto w konsekwencji wnosił o odtajnienie przesłanych przez Konsorcjum Tradex wyjaśnień oferty w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 czerwca 2016 r. Wyjaśnienia te miały na celu ustalenie, że oferowany sprzęt spełnia wymagania określone w SIWZ.

Tak sformułowane zarzuty Odwołujący uzasadniał następująco: dniu 23 maja 2016 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum Tradex o odtajnieniu oferty w części zastrzeżonej, w tym m.in. specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu (należy zaznaczyć, że Odwołujący nie otrzymał tej informacji). W związku z tym Konsorcjum Tradex wniosło w dniu 3 czerwca 2016 r. odwołanie na czynność odtajnienia treści oferty. W dniu 17 czerwca 2016 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 20 czerwca 2016 r. w sprawie KIO 932/16 Odwołujący (który przystąpił do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem Konsorcjum Tradex) wniósł sprzeciw. Konsorcjum Tradex

(odwołujący w sprawie KIO 932/16) cofnął odwołanie. W związku z tym Odwołujący niezwłocznie wystąpił do Zamawiającego o umożliwienie zapoznania się z treścią oferty Konsorcjum Tradex. Zamawiający odmówił pismem z dnia 22 czerwca 2016 r. wskazując, że uwzględnił odwołanie.

Dokonując oceny prawnej wskazanego stanu faktycznego uznać należy, że Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu oferty Konsorcjum Tradex w dniu 23 maja 2016 r. Wstrzymał się z udostępnieniem ofert pozostałym wykonawcom, ze względu na możliwe odwołania. Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Tradex zostało jednak cofnięte, co oznacza, że Konsorcjum Tradex uznało prawidłowość odtajnienia własnej oferty, zrezygnowało z prowadzenia sporu z Zamawiającym oraz kwestionowania zgodności z prawem dokonanej czynności. Uwzględnienie odwołania pozostaje w tym zakresie bez znaczenia - nie można bowiem uwzględnić żądań, które zostały cofnięte.

Tym samym uznać należy, że decyzja o odtajnieniu wobec cofnięcia odwołania dotyczącego tej czynności pozostaje w mocy, a w związku z tym oferta Konsorcjum Tradex jest jawna w całości.

Zamawiający nie mógł dokonać powtórnie czynności utajnienia w dniu 17 czerwca 2016 r. - oznaczałoby to bowiem, że w jego ocenie oferty były jawne pomiędzy 23 maja 2016 r. (czyli decyzją o odtajnieniu) a 20 czerwca 2016 r. (cofnięcie odwołania). Zamawiający nie może podejmować decyzji o utajnieniu części oferty - decyzja taka leży po stronie wykonawcy nie zaś Zamawiającego. Wycofując odwołanie Konsorcjum Tradex uznało decyzję o odtajnieniu za właściwą i zgodną z prawem. W niniejszym odwołaniu Odwołujący domaga się zatem wykonania decyzji z dnia 23 maja 2016 r.

Na błędne działanie Zamawiającego wskazuje również rozważenie sytuacji proceduralnej w niniejszej sprawie. Nie można uznać, że uwzględnienie odwołania stanowi podstawę do zachowania w tajemnicy uprzednio odtajnionych dokumentów. Jeżeli odwołanie zostało cofnięte, to z logiki wynika, że również czynności podjęte w wyniku jego wniesienia tj. uwzględnienie przez Zamawiającego tracą skuteczność. Gdyby przyjąć inaczej tzn. że możliwe jest uwzględnienie odwołania, a następnie jego cofnięcie - oraz utrzymanie w mocy czynności będącej bezpośrednią odpowiedzią na czynność cofniętą, to przeczyłoby podstawowym zasadom wnoszenia środków ochrony prawnej.

Odwołujący wywodził, że jedną z największych zalet polskiego systemu środków ochrony prawnej jest ich kumulacja, co wypełnia postanowienia Dyrektywy 89/665 o zapewnieniu możliwie szybkiego rozstrzygnięcia w sporach z zamówień publicznych (art. 1 i 3 Dyrektywy 89/665). Poprzez działanie zamawiającego zasada kumulacji została naruszona. Gdyby bowiem odwołanie nie zostało cofnięte, to w przypadku uwzględnienia go przez zamawiającego przystępującym do postępowania odwoławczego służy prawo wniesienia sprzeciwu (art. 186 ust 4 Prawa zamówień publicznych). Odwołujący w niniejszej sprawie będąc przystępującym do postępowania oznaczonego sygnaturą KIO 932/16, wniósł sprzeciw. Zamawiający więc wiedział, że decyzja o uwzględnieniu odwołania jest kwestionowana. Krajowa Izba Odwoławcza wobec cofnięcia odwołania umorzyła postępowanie odwoławcze, słusznie uznając, że cofnięcie odwołania oznacza brak zakwestionowania przez Konsorcjum Tradex czynności z dnia 23 maja 2016 r. o odtajnieniu jego oferty. Tym samym również Zamawiający powinien zastosować się do swojej pierwotnej decyzji. Należy nadmienić, że dodatkową okolicznością wskazującą na utrzymanie w mocy tejże decyzji jest to, że ewentualne ponownie wniesienie odwołania przez Konsorcjum Tradex na decyzję o odtajnieniu musiałyby zakończyć się odrzuceniem tego odwołania ze względu na postanowienia art. 189 ust 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych, czyli powołanie się na te same okoliczności oraz art. 189 ust 2 pkt 3) tj. znacząco po upływie terminu na wniesienie odwołania.

Ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący podnosił także argumentację odnoszącą się do kwestii uznania lub nieuznania za prawidłowe utajnienia treści oferty Konsorcjum Tradex, a w konsekwencji również dokumentów uzupełnianych w drodze procedury wszczynanej na podstawie art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych potwierdzających, że oferowany sprzęt jest zgodny z wymaganiami SIWZ.

Należy także dodać, że dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowany sprzęt wymagań określonych w SIWZ są dostępne publicznie, w szczególności wymagane przez Zamawiającego: testy wydajności, certyfikaty, deklaracje zgodności, listy kompatybilności.

Zgodnie z wymaganiem punktu 10.1.ppkt 2) lit a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał złożenia w ofercie *Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu*. Zamawiający narzucił wymóg odnośnie formy tej specyfikacji

ustalając, że specyfikacja taka ma mieć formę tabeli zgodnej z Załącznikiem nr 3 do SIWZ, a jej treść zawierać powinna opis wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia {załącznik nr I do SIWZ).

Konsorcjum Tradex złożyło wymaganą specyfikację techniczną oferowanego sprzętu, natomiast zastrzegło tę część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. - o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zdaniem Odwołującego przesłanki do uznania Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu przez Konsorcjum Tradex nie są spełnione z kilku powodów.

Po pierwsze zanegować należy w ocenie Odwołującego możliwość utajnienia Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu w tym konkretnym stanie faktycznym. Jak wskazano powyżej Zamawiający wymagał w tym dokumencie odniesienia się do podanych przez siebie parametrów sprzętu opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do siwz. Tym samym wykonawca - dostawca sprzętu miał jedynie odnieść się do tego czy dany parametr jest spełniony, a jeżeli tak to na jakim poziomie. Nie wymagany był opis technologii umożliwiający osiągnięcie danego parametru np. opis budowy procesora wskazujący na zastosowane rozwiązania w procesorze umożliwiające osiągnięcie wymaganej wydajności, czy też opis techniczny pamięci RAM, który umożliwia osiągnięcie wymaganego parametru określonego np. dla serwera SRIA(b) jako 192 GB DDR4, możliwość instalacji do 768 GB na płycie głównej powinno znajdować się min. 24 sloty przeznaczone dla pamięci.

Tym samym Zamawiający wymagał jedynie podania nazw producentów oraz modeli oferowanego sprzętu, jak również potwierdzenia, że spełnione są wymagane parametry. Nie wymagał natomiast schematów rysunkowych lub też rozpisania szczegółów technologii umożliwiającej osiągnięcie wymaganego parametru.

Odwołujący podkreślał, że przedmiotem zamówienia w Części I jest dostawa serwerów, półki dyskowej oraz streamera - czyli sprzętu informatycznego o określonych przez Zamawiającego parametrach wydajnościowych, funkcjonalnych i

innych. Dla tego typu sprzętu zwyczajowo producenci oferują określony model urządzenia wskazując na kilka możliwych dopuszczalnych konfiguracji. Informacje o konfiguracjach są powszechnie dostępną informacją handlową - inaczej powstawałaby trudność w sprzedaży sprzętu bez określenia jego parametrów wydajnościowych, fizycznych, funkcjonalnych. Każdy klient może więc zdecydować się na określony model urządzenia oraz jego konfigurację w zależności od potrzeb. Według Odwołującego, nabywanie tego typu sprzętu w trybie zamówień publicznych różni się od nabycia komputera w sklepie jedynie zastosowaną procedurą - zamawiający najpierw określa swoje potrzeby poprzez wskazanie wymagań co do parametrów sprzętu, zawiera je w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dobór konfiguracji opiera się na znanych wszystkim zainteresowanym (lub możliwym do pozyskania) konfiguracjom oferowanym przez danego producenta.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie stosuje szczególnych wyjątkowych metod zamówieniowych, a wręcz przeciwnie - sposób przygotowania postępowania nie różni się od wielu innych postępowań na dostawy sprzętu informatycznego. Zamawiający nie wymagał też opracowania innowacyjnych technologii lub innowacyjnych produktów na co wskazuje punkt 3.2. SIWZ, w którym zawarty jest wymóg:

Oferowany sprzęt musi być nieużywany/fabrycznie nowy, pochodzić z seryjnej produkcji z uwzględnieniem opcji konfiguracyjnych przewidzianych przez Producenta oferowanego modelu sprzętu, pochodzić z oficjalnego kanału dystrybucji producenta na rynek polski. Zamawiający nie dopuszcza sprzętu będącego prototypem.

Tym samym już z treści SIWZ wynika, że oferowany sprzęt ma być produkowany seryjnie, powinien być jedną z konfiguracji oferowanych przez producenta sprzętu. Ma być rozwiązaniem typowym, stosowanym i sprawdzonym, gdyż nie było dopuszczalne złożenie ofert na sprzęt będący prototypem. Należy tu podkreślić, że opisane wymagania w zakresie serwerów, półek dyskowych oraz streamerów spełnia większość producentów tego typu sprzętu takich jak: Fujitsu Technology Solutions, Lenovo Group Limited, Dell, Huawei Technologies Co. Ltd, Hewlett Packard Enterprise i inne. Dodatkowo udostępniają oni na swoich stronach internetowych pełną dokumentację urządzeń wraz ze szczegółowymi parametrami technicznymi sprzętu, co pozwala na weryfikację zgodności z wymaganiami Zamawiającego.

Taki kształt wymagań Zamawiającego wskazuje zdaniem Odwołującego na to, że oferty w części Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu nie mogą zawierać informacji które mogłyby być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ofercie w części dotyczącej wykazania, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, jak też w treści odwołania złożonego przez Konsorcjum Tradex w dniu 1 czerwca 2016 r. Konsorcjum Tradex wskazuje, że zachodzą przesłanki do uznania Specyfikacji oferowanego sprzętu jako tajemnicy, gdyż walor ten ma „konfiguracja sprzętu”, a ta wymaga wiedzy technicznej oraz posiada w związku z tym wartość gospodarczą. O ile stwierdzenia te być może pasują do jakiś stanów faktycznych, to nie mogą być uznane za słuszne w niniejszej sprawie. W omawianym przypadku to Zamawiający dobrał parametry sprzętu i zamieścił je jako własne wymagania, dodatkowo wymagał, aby sprzęt był typowy i był dostarczony w jednej z konfiguracji producenta. Wiedza techniczna wspomniana przez wykonawcę polega więc na sprawdzeniu jakie konfiguracje oferuje dany producent w produkcji seryjnej oraz wybrania takiej, która odpowiada wymaganiom SIWZ.

W efekcie przedstawiana jest jedna z możliwych konfiguracji danego producenta, co nie ma waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Każdy może sprawdzić jakie konfiguracje typowego, seryjnie produkowanego sprzętu są w ofercie oraz wybrać taką, która spełnia wymagania zamawiającego, innymi słowy z samego faktu doboru poszczególnych typowych komponentów danego producenta sprzętu nie powstaje dodatkowa wartość gospodarcza. Dobór ten wstępnie przeprowadza producent, bo to on oferuje sprzęt w kilku konfiguracjach.

Przywołane w treści odwołania Konsorcjum Tradex orzecznictwo odnosi się do innych stanów faktycznych, gdzie wkład wykonawcy w uzyskanie celu, jaki postawił zamawiający był znacząco większy. W omawianym przypadku należy powołać orzecznictwo w sprawach, które pasują w większym stopniu do stanu faktycznego wynikającego z takiego a nie innego ukształtowania warunków postępowania przez zamawiającego.

Takie a nie inne skonfigurowanie urządzeń, zgodnie z wytycznymi producenta sprzętu nie ma również o tyle unikalnej wartości gospodarczej, że każdy może zdecydować się na nabycie danej konfiguracji wielokrotnie. Dobór konfiguracji podyktowany jest bowiem, nie tym, że jest ona kopiowana w wyniku uzyskania dostępu do cudzej oferty, a wymaganiami danego nabywcy. Konsorcjum Tradex nie

wykazało w jaki sposób dobór konfiguracji danego producenta sprzętu z jego oferty seryjnej mógłby być wykorzystany przez konkurencję w innych postępowaniach stanowiąc unikalną informację.

Z powyższego wynika, że konsorcjum Tradex uchybiło również obowiązкови wykazania, że informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z postanowieniami art. 8 ust 3 Prawa zamówień publicznych dla uznania, że można odstąpić od zasady jawności w odniesieniu do oferty danego wykonawcy niezbędne jest wykazanie, że dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykazanie zastrzeżenia również nie zostało udostępnione Odwołującemu. Natomiast w tym przypadku na podstawie powyżej podanej argumentacji Odwołujący uprawdopodobnił, że w wykazaniu poprawności zastrzeżenia nie wskazano na argumentację potwierdzającą prawidłowość zastrzeżenia. Konsorcjum Tradex prawdopodobnie według Odwołującego powołało się jedynie ogólnie na unikalność rozwiązań, nie wykazując na czym unikalność ta polega w kontekście konieczności zaoferowana sprzętu seryjnego. Nie wykazało też z pewnością, jaki walor ma dobrana konfiguracja inny niż pozostałych podmiotów profesjonalnie zajmujących się dostawą sprzętu informatycznego i w jaki sposób powstała dodatkowa wartość gospodarcza do wykorzystania w przyszłości. Wreszcie sądząc po treści odwołania z dnia 1 czerwca 2016 r. jedynie ogólnie wskazało, że chroni tajemnicę w swoim przedsiębiorstwie, ale nie wskazało w ocenie Odwołującego, w jaki sposób można ochronić informacje o typowej konfiguracji oferowanej w postępowaniu.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

Jak ustaliła Izba na posiedzeniu w dniu 11 lipca 2016 r., do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) "KONCEPT" Sp. z o.o., (2) Egida IT Solutions Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1091/16 po stronie Zamawiającego, KIO 1146/16 po stronie Odwołującego (dalej: Przystępujący albo Konsorcjum Koncept),
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Sp. z o.o., (2) OPTIMUS Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Michałowice 169, 49-314 Pisarzowice zgłaszających przystąpienie

- do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1091/16 po stronie Zamawiającego oraz KIO 1115/16 po stronie Odwołującego,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) Techsource Sp. z o.o., (2) Techsource Sp. z o.o. Spółka komandytowa, (3) Computex Sp. z o.o., (4) Intaris Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Piłsudskiego 13, 05-120 Legionowo zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1091/16 po stronie Zamawiającego oraz KIO 1115/16 po stronie Odwołującego,
 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) Techsource Sp. z o.o., (2) KENBIT KOENIG I WSPÓLNICY Sp. j., (3) Computex Sp. z o.o., Sp.k., (4) Decsoft S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Piłsudskiego 13, 05-120 Legionowo zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1115/16 po stronie Odwołującego,
 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) IMMITIS Spółka z o.o., (2) Maxto sp. z o.o. S.K.A., (3) Towarzystwo Handlowe "ALPLAST" Sp. z o.o. Sp.k., adres dla pełnomocnika: ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1115/16 po stronie Zamawiającego,
 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., (2) Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Opaczewska 42/lok. 110, 02-372 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1115/16 oraz KIO 1146/16 po stronie Zamawiającego (dalej: Przystępujący albo Konsorcjum Tradex),
 - wykonawca Qumak S.A., Aleje Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1146/16 po stronie Odwołującego.

Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione we wszystkich trzech odwołaniach w całości. W postępowaniu sygn. akt KIO 1091/16 Konsorcjum Koncept zgłosiło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości. W postępowaniu sygn. akt KIO 1115/16 sprzeciw od uwzględnienia odwołania

zgłosiło konsorcjum Tradex, w postępowaniu sygn. akt KIO 1146/16 sprzeciw zgłosiło również Konsorcjum Tradex.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Wszystkim trzem Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają oni interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

W odwołaniu sygn. akt KIO 1191/16 Odwołujący zarzucał, że Zamawiający nieprawidłowo nie przedłużył mu, mimo takiej prośby, terminu do uzupełnienia dokumentów. Argumentował, że jeszcze przed złożeniem oferty podjął działania do ich uzyskania, jednak dokumenty nie zostały mu przez osobę trzecią (producenta) wydane; jego zdaniem SIWZ uzależnia skuteczne złożenie oferty od czynności osób trzecich. Inni wykonawcy złożyli wymagane dokumenty, a zaoferowali sprzęt tych samych producentów. Celem odwołania, jak wynikało wprost z żądań sformułowanych w odwołaniu, było przywrócenie terminu na złożenie dokumentów, które powinny być złożone wraz z ofertą.

W ocenie składu orzekającego odwołania nie można uwzględnić, ponieważ prowadziłoby to do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawcy powinni załączyć wymagane dokumenty do oferty – możliwość późniejszego uzupełnienia dokumentów umożliwia wykonawcom naprawienie ich sytuacji w postępowaniu - uzupełnienie dokumentów błędnych, niepełnych bądź przeoczonych. Jednak jeżeli wykonawca nie dysponując na dzień składania ofert wymaganymi dokumentami, składa ofertę bez nich, licząc na to, że później je uzupełni, czyni to na własne ryzyko. Jeżeli mimo wezwania Zamawiającego wykonawca nie uzupełni dokumentów – zastosowanie znajduje art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych. Późniejsze uzyskanie dokumentów od osoby trzeciej może być ewentualnie rozważane jako okoliczność egzoneracyjna w kontekście przywołanego przepisu (wykonawca może wykazywać, że przyczyna braku złożenia dokumentów w terminie nie leżała po jego stronie). Odwołujący nie zaskarżył postanowień SIWZ, uzależniających – jak twierdził w odwołaniu – skuteczność złożenia oferty od czynności podejmowanych przez osobę trzecią, ponieważ do tej pory nie miał złych doświadczeń w tym zakresie; wskazywał na rozprawie, że taki

dokument może uzyskać w ciągu godziny. Jednak w ocenie składu orzekającego wykonawca powinien przewidzieć trudności w uzyskaniu dokumentu od osoby trzeciej już na etapie SIWZ. Ustalenie, czy Zamawiający sformułował postanowienia SIWZ w sposób prowadzący do nierównego traktowania wykonawców powinno nastąpić już w terminie, który biegł od dnia opublikowania SIWZ (ogłoszenia o zamówieniu).

W ocenie składu orzekającego, przywrócenie Odwołującemu terminu do uzupełnienia dokumentów, czy jego przedłużenie, prowadziłyby de facto do przywrócenia terminu na skarżenie postanowień SIWZ. Pozostali wykonawcy złożyli wymagane dokumenty w terminie, dlatego przedłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów Odwołującemu byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający może przedłużyć wyznaczony przez siebie termin do złożenia dokumentów tylko w wyjątkowych sytuacjach, jeżeli wykonawca wykaże, że wystąpiła obiektywna przyczyna, która uniemożliwiła złożenie dokumentów w terminie. W ocenie Izby Odwołujący tego nie wykazał – nie wyjaśnił, dlaczego nie mógł przez długi czas uzyskać wymaganych dokumentów, skoro inne tego rodzaju otrzymuje w ciągu godziny. Przyczyną przedłużenia wyznaczonego terminu nie może być również okoliczność wynikająca już z treści SIWZ, skoro nie została zakwestionowana w drodze środków ochrony prawnej.

Nie można uwzględnić również zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez producentów oferowanego przez Odwołującego sprzętu. Odwołujący w odwołaniu wywodził, że „udzielenie przez Producentów oświadczeń jedynie wybranym przez siebie wykonawcom, (bądź udzielenie ich po terminie) może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. 153.1503 z późn. zm.) Tego rodzaju działania są sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami i naruszają interes tych wykonawców, którym Producenci bezzasadnie odmówili bądź utrudnili złożenie oświadczeń w terminie. Postępując w ten sposób Producenci utrudniają niektórym wykonawcom dostęp do rynku.”. W ocenie składu orzekającego, czyn nieuczciwej konkurencji, podlegający badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą może popełnić tylko wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu (wówczas stwierdzenie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Izba nie ma podstawy, aby pod

kątem zachowania uczciwej konkurencji badać czynności podejmowane przez podmioty, które nie złożyły ofert w postępowaniu.

W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie, nie dopatrywszy się zarzucanych naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych.

Ponieważ Zamawiający uwzględnił odwołanie, a Przystępujący po stronie Zamawiającego Konsorcjum Koncept wniósł sprzeciw – Izba, stosownie do wyniku sprawy, zgłaszającemu sprzeciw zasądziła zgodnie z jego wnioskiem koszty wynagrodzenia pełnomocnika, kosztami postępowania obciążając Odwołującego.

W odwołaniach sygn. akt KIO 1115/16 i KIO 1147/16 Odwołujący wnosili o odtajnienie informacji zastrzeżonych w ofercie Konsorcjum Tradex jako tajemnica przedsiębiorstwa.

(W odwołaniu sygn. akt KIO 1115/16 podnoszono również zarzuty dotyczące odtajnienia oferty Konsorcjum IMMITIS, ale nie wniosło ono sprzeciwu od uwzględnienia w całości zarzutów tego odwołania przez Zamawiającego, tak jak nie wniosło sprzeciwu od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania w postępowaniu sygn. akt sygn. akt: KIO 1147/16, zawierających analogiczne zarzuty odnośnie odtajnienia oferty Konsorcjum IMMITIS).

W pierwszej kolejności Izba z urzędu badała, czy odwołania zostały prawidłowo wniesione w przepisany terminie (na posiedzeniu Przystępujący zgłaszał w tym zakresie wątpliwości, Zamawiający ich nie poparł). Termin do wniesienia odwołania na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa biegnie z pewnością od ogłoszenia o wyborze oferty najkorzystniejszej, co w niniejszym postępowaniu jeszcze nie nastąpiło. Termin na wniesienie środków ochrony prawnej związanych z zastrzeżeniem w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa może zacząć biec wcześniej wówczas, jeżeli Zamawiający jeszcze przed ogłoszeniem o wyborze oferty podejmie stanowczą czynność, z której będzie wynikało, że uznaje za zasadne (bądź niezasadne) zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba z urzędu dopuściła dowód z dokumentacji postępowania odwoławczego sygn. akt 932/16 i ustaliła, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający w dniu 20 maja 2016 r. poinformował Konsorcjum Tradex o odtajnieniu jego oferty (pismo to zostało skierowane tylko do Konsorcjum Tradex, nie do innych wykonawców). Na tą czynność Zamawiającego Konsorcjum Tradex złożyło odwołanie, które Zamawiający uwzględnił, a następnie Odwołujący je wycofał. W takiej sytuacji powstała wątpliwość, która czynność pozostała w mocy – utajnienie oferty przez Konsorcjum

Tradex, czy ujawnienie dokumentów przez Zamawiającego w dniu 20 maja 2016 r., a może utajnienie dokumentów przez Zamawiającego przy uwzględnieniu odwołania. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie określają skutków wycofania odwołania, ale można wnosić, analogicznie do innych gałęzi prawa, że wycofane odwołanie nie wywołuje żadnych skutków, i wykonawca, który je wniósł, akceptuje pierwotną czynność Zamawiającego (odtajnienie oferty). Jednocześnie. Zamawiający uwzględniając odwołanie, oświadczył, że utajnia ofertę.

Zamawiający w dniu 22 czerwca br. skierował do wykonawców pismo, w którym poinformował, że w dniu 17 czerwca 2016 r. równocześnie z uwzględnieniem odwołania „dokonał czynności utajnienia części oferty”. Do rzeczywistego udostępnienia innym wykonawcom dokumentów jeszcze nie doszło, zachowanie tajemnicy trwało przez cały czas od chwili złożenia oferty. Izba uznała, że czynność z dnia 22 czerwca 2016 jest nową czynnością, na którą przysługuje odwołanie. W przywołanym piśmie zresztą Zamawiający nie podał, które konkretnie dokumenty załączone do oferty Konsorcjum Tradex uznaje za tajne. Ponieważ uczestnicy postępowania nie mogą trwać w niepewności, które dokumenty są tajne, a które nie, w ocenie Izby przesądza to o konieczności merytorycznego rozpatrzenia zarzutów odwołania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania są uzasadnione.

Izba ustaliła, co następuje:

Zasadniczo nie było sporne, że Zamawiający nie wymagał opracowania innowacyjnych technologii lub innowacyjnych produktów. Zgodnie z pkt 3.2. SIWZ, oferowany sprzęt musi być nieużywany/fabrycznie nowy, pochodzić z seryjnej produkcji z uwzględnieniem opcji konfiguracyjnych przewidzianych przez Producenta oferowanego modelu sprzętu, pochodzić z oficjalnego kanału dystrybucji producenta na rynek polski. Zamawiający nie dopuszcza sprzętu będącego prototypem.

Odwołujący podnosili, że już z treści SIWZ wynika, że oferowany sprzęt ma być produkowany seryjnie, powinien być jedną z konfiguracji oferowanych przez producenta sprzętu. Ma być rozwiązaniem typowym, stosowanym i sprawdzonym, gdyż nie było dopuszczalne złożenie ofert na sprzęt będący prototypem.

Izba w całości podzieliła argumentację obu Odwołujących i stwierdziła, że dokumenty przedstawione przez Konsorcjum Tradex, utajnione przez wykonawcę jako zawierające tajemnice przedsiębiorstwa, tj. formularz ofertowy w zakresie

informacji dotyczących producenta, modelu oraz typu urządzenia, specyfikacja technicznej oferowanego sprzętu, certyfikaty, deklaracje, listy kompatybilności oraz uzasadnienia zastrzeżenia informacji - nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa i powinny zostać ujawnione pozostałym wykonawcom. Przedmiotem zamówienia jest sprzęt o określonych parametrach, dlatego dobór tego sprzętu nie może podlegać utajnieniu, a zastrzeżenie tajemnicy nie może podlegać ochronie. Skoro parametry zostały z góry narzucone przez Zamawiającego, to Izba nie znajduje powodów, aby identyfikację zaoferowanego sprzętu utajnić, w konsekwencji ujawnieniu podlegają również dokumenty potwierdzające, że ofertowany sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego.

W takich okolicznościach trudno dopatrzeć się jakiegokolwiek innego powodu utajnienia powyższych informacji, jak wyłącznie dążenie do uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji, czy zaoferowanie urządzenia odpowiada wymaganiom Zamawiającego, określonym w SIWZ. W konsekwencji Izba uznała za zasadne odtajnienie wymienionych wyżej dokumentów, zastrzeżonych przez Konsorcjum Tradex jako tajemnica przedsiębiorstwa, co może mieć wpływ na wynik postępowania, i stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego oba odwołania sygn. akt sygn. akt KIO 1115/16 oraz sygn. akt: KIO 1146/16, należało uwzględnić.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

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 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).

Przewodniczący:

.....