

**Sygn. akt: KIO 2206/11  
KIO 2217/11  
KIO 2218/11**

**WYROK**

**z dnia 27 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- A. w dniu 13 października 2011 r. przez wykonawcę Malkom D.Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-676 Warszawa, ul. Bodycha 18 (sygn. akt KIO 2206/11),
- B. w dniu 14 października 2011 r. przez wykonawcę Comparex Poland Sp. z o.o., 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183 (sygn. akt KIO 2217/11),
- C. w dniu 14 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Advatech Sp. z o.o., 54-413 Wrocław, ul. Klecińska 123, VOL Sp. z o.o. Sp.k., 60-451 Poznań, ul. Dąbrowskiego 553 (sygn. akt KIO 2218/11),

w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Policji, 02-624 Warszawa, ul. Puławska 148/150.

przy udziale:

wykonawcy Malkom D.Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-676 Warszawa, ul. Bodycha 18 zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2217/11, po stronie odwołującego się

wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o., 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183 zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2206/11 po stronie odwołującego się oraz KIO 2218/11 po stronie zamawiającego

wykonawcy Qumak-Sekom S.A., 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2206/11, KIO 2217/11, KIO 2218/11 po stronie zamawiającego

wykonawcy Andra Sp. z o.o., 02-226 Warszawa, ul. Pryzmaty 6/8 zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2206/11, KIO 2217/11, KIO 2218/11 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołania oznaczone sygnaturą akt KIO 2206/11, KIO 2217/11 wniesione przez Malkom D.Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, oraz Comparex Poland Sp. z o.o. Uwzględnia odwołanie oznaczone sygnaturą akt KIO 2218/11 wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Advatech Sp. zo.o., , VOL Sp. z o.o. Sp. k., i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje zamawiającemu wszczęcie postępowania zmierzającego do ustalenia, czy oferta wykonawcy Andra Sp. z o.o., zawiera rażąco niską cenę, a także odtajnienie stron 88 i 89 w ofercie Qumak-Sekom S.A. oraz stron 111 i 112 w ofercie Andra Sp. z o.o., a także odtajnienia oferty Sygnity S.A.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wnoszących odwołania: Malkom D.Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-676 Warszawa, ul. Bodycha 18, Comparex Poland Sp. z o.o., 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183 oraz uczestników postępowania wnoszących sprzeciwy: Qumak-Sekom S.A., 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 i Andra Sp. z o.o., 02-226 Warszawa, ul. Pryzmaty 6/8 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: Malkom D.Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-676 Warszawa, ul. Bodycha 18 (KIO 2206/11), Comparex Poland Sp. z o.o., 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183 (KIO 2217/11), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Advatech Sp. zo.o., 54-413 Wrocław, ul Klecińska 123, VOL Sp. z o.o. Sp. k., 60-451 Poznań, ul. Dąbrowskiego 553 (KIO 2218/11), tytułem wpisów od odwołań.
  - 2.2 Zasądza od wykonawców Qumak-Sekom S.A, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 oraz Andra Sp. z o.o., 02-226 Warszawa, ul. Pryzmaty 6/8 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Advatech Sp. zo.o., 54-413 Wrocław, ul Klecińska 123, VOL Sp. z o.o. Sp. k., 60-451 Poznań, ul. Dąbrowskiego 553 kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania (KIO 2218/11), w tym:

2.2.1 kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy Trzysta złotych zero groszy) od wykonawcy Qumak-Sekom S.A, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94

2.2.2 kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy Trzysta złotych zero groszy) od wykonawcy Andra Sp. z o.o., 02-226 Warszawa, ul. Pryzmaty 6/8

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

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt: KIO 2206/11  
KIO 2217/11  
KIO 2218/11

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Komendę Główną Policji w trybie przetargu nieograniczonego na *zaprojektowanie, dostawę konfigurację oraz wdrożenie infrastruktury teleinformatycznej centrum zapasowego oraz podstawowego dla wybranych systemów teleinformatycznych* (nr postępowania: 133/Błil/11/MK), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 141-234110 w dniu 13 i 14 października 2011 r., wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania uczestników tego postępowania: Malkom D.Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna (KIO 2206/11), Comparex Poland Sp. z o.o. (KIO 2217/11), Advatech Sp. z o.o i VOL Sp. z o.o. sp.k. (KIO 2218/11). Kopie odwołań zostały przekazane zamawiającemu w dniach 13 i 14 października 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert w dniu 5 października 2011 r., a o wyborze oferty najkorzystniejszej wyłonionej po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 10 października 2011 r.

### **I. Sygn. akt KIO 2206/11**

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2206/11 odwołujący – Malkom D. Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna (dalej zwany Malkom) zarzucił zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy odrzucenie jego oferty, zaniechanie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej i jej przeprowadzenie bez udziału odwołującego. Wskazane uchybienia zamawiającego, stanowiły w ocenie odwołującego naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty (ewentualnie uznanie zapowiedzi odrzucenia oferty odwołującego za nieważną), dokonanie badania i oceny oferty odwołującego i uznanie jej za spełniającą warunki siwz, unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie w całości aukcji elektronicznej, która powinna być powtórzona przy udziale odwołującego.

Zamawiający poinformował odwołującego w piśmie z dnia 05.10.2011 r., że zaprosił wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu do aukcji elektronicznej, a także o przyczynie, na podstawie, której oferta odwołującego będzie podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z treścią siwz (art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy). Zamawiający uznał, że odwołujący dokonał modyfikacji konfiguracji bazy danych, w wyniku, której iteracje od 2 do 5 nie wykonywały zapytań w bazie danych, a jedynie zwracały wcześniej zapamiętany wynik, co

jego zdaniem stanowiło naruszenie siwz, w części w której zamawiający wskazał, że test ma na celu porównanie czasów wykonywania zapytań analitycznych (rodział VII pkt c w zw. z zał. nr 7 i 8 do siwz). Brak zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, przesądza o odrzuceniu oferty odwołującego, zamykając mu drogę do dalszego udziału w postępowaniu. Odwołujący nie zgodził się z ustaleniem zamawiającego, iż jego oferta nie odpowiadała treści siwz i wskazał na str. 112 oferty, gdzie w tabeli nr 3 (czas wykonania sekundach) dla iteracji od nr 2 do nr 5 – odwołujący wskazał jako wartość czasu cyfrę „0” we wszystkich następujących po sobie pionowych i poziomych kolumnach, co było zgodne z warunkami siwz i warunkami testów (zał. nr 7 i 8) oraz narzędziem do przeprowadzenia testów udostępnionym przez zamawiającego. Odwołujący zaprzeczył, jakoby dokonywał modyfikacji konfiguracji bazy danych podczas testów dla iteracji od nr 2 do nr 5, czasy dla każdej z nich były bliskie wartości „0” (cyfra zero wynikała z przyjętego zgodnie z siwz zaokrąglenia, gdyż były bardzo zbliżone do tej wartości). W piśmie wyjaśniającym z dnia 29.09.2011 r. odwołujący szczegółowo wyjaśnił, że rozbieżności wynikające z czasów dla iteracji nr 1 oraz dla dalszych iteracji od nr 2 do nr 5 wynikają wyłącznie z wykorzystania mechanizmów dostępnych w standardowym oprogramowaniu Oracle 11gR2 oraz optymalizacji ustawień parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania firmy IBM, na jakim wykonywano testy. Za ewentualne błędy lub niedoskonałości przyjętych przez zamawiającego założeń do przeprowadzenia testów i dostarczonych przez niego narzędzi do ich przeprowadzenia, w stosunku do zamierzonych przez zamawiającego celów/funkcjonalności, odwołujący nie może ponosić odpowiedzialności.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili w dniu 20 października 2011 r. wykonawcy: Qumak-Sekom S.A. po stronie zamawiającego, Comparex Poland Sp. z o.o. po stronie odwołującego, Andra Sp. z o.o. po stronie zamawiającego.

## **II Sygn. akt KIO 2217/11**

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2217/11 odwołujący – Comparex Poland Sp. z o.o. (dalej zwany Comparex) zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, w szczególności art. 7, art. 8 ust. 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 b ust 1 ustawy, wynikające z zaniechania zaproszenia odwołującego do aukcji elektronicznej, odrzucenia jego oferty, zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie, że oferowane dostawy i usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego oraz odtajnienia informacji zawartych na stronach 35 do 43 oferty, pomimo, iż informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, unieważnienie aukcji elektronicznej, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, nie udostępnianie innym podmiotom informacji zawartych na stronach 35-43 oferty, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, zaproszenie do aukcji elektronicznej odwołującego, ewentualnie wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów i/lub złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania wymagań zamawiającego przez oferowane dostawy i usługi.

Odwołujący nie zgodził się z uzasadnieniem, jakie przedstawił zamawiający w piśmie informującym o przyczynie, dla której uznał ofertę odwołującego za niezgodną z treścią siwz i wynikającej z braku przedstawienia w ofercie szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzającego spełnianie wszystkich wymagań zamawiającego określonych w załączniku nr 1 do siwz (pkt VII lit. b siwz). Zamawiający uznał, iż z załączonej do oferty listy sprzętowej nie wynika potwierdzenie wymagań określonych w załączniku do siwz i jednocześnie wskazał na żądanie potwierdzenia przez wykonawcę wymagań ogólnych dotyczących systemu, jego rozwiązania, funkcjonalności, wydajności. Zamawiający wskazał również na brak potwierdzenia wymaganych szkoleń. Odwołujący zaprzeczył, jakoby w siwz zamawiający określił sposób w jaki należało potwierdzić spełnianie wymagań przez oferowane dostawy, usługi, w szczególności zamawiający nie określił, jakich szczegółowych informacji żądał od wykonawców. Również z pisma z dnia 05.10.2011 r. nie wynika, jakiego żadanego parametru odwołujący nie potwierdził. Samo ogólnikowe stwierdzenie niezgodności oferty z siwz, w ocenie odwołującego, było niewystarczające. Odwołujący wskazał na odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 13 z dnia 25 sierpnia 2011 r., w której stwierdził, iż przez opis oferowanego przedmiotu zamówienia należy rozumieć „podanie między innymi nazwy i typu oferowanego sprzętu i oprogramowania”. Odwołujący na stronach od 110 do 126 zamieścił bardzo szczegółowe zestawienie oferowanego sprzętu i oprogramowania z podaniem nie tylko ich nazwy i typu, ale także liczby i numerów seryjnych poszczególnych elementów. Przedstawiona lista oferowanego sprzętu jest zatem zgodna z treścią udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, a informacje w niej zawarte są wystarczające do potwierdzenia, iż oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Co więcej, wbrew twierdzeniom zamawiającego, odwołujący potwierdził wymagania ogólne dotyczące systemu, jego rozwiązania, funkcjonalności, wydajności, a także wymagane w siwz szkolenia, co nastąpiło w formie oświadczenia zawartego w formularzu oferty. Jedynie z ostrożności procesowej, odwołujący uznał, iż przyjmując, że oferta nie zawiera dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań (spełnianie przez oferowane dostawy i usługi wymagań określonych przez zamawiającego), to jego brak nie mógł stanowić podstawy do odrzucenia oferty, a jedynie mógł prowadzić do wezwania

wykonawcy o jego uzupełnienie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia opisu oferowanego przedmiotu zamówienia i/lub złożenia wyjaśnień w tym zakresie stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 26 ust. 4 ustawy.

Odwołujący odniósł się także do ustalenia zamawiającego, który uznał na podstawie analizy załączonych do oferty odwołującego testów, iż odwołujący dokonał modyfikacji konfiguracji bazy danych w wyniku, której iteracje od 2 do 5 nie wykonywały zapytań w bazie danych, a jedynie zwracały wcześniej zapamiętany wynik. Zamawiający nie wskazał z czego wywodzi powyższy fakt, a odwołujący stanowczo zaprzeczył, jakoby dokonywał niedozwolonej modyfikacji konfiguracji bazy danych i oświadczył, iż przedstawione wyniki testów wydajnościowych są efektem przeprowadzonych testów i potwierdzają spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego. Również w tym zakresie, zdaniem odwołującego, zamawiający był ewentualnie zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący zakwestionował stanowisko zamawiającego, w którym uznał on, iż informacje zawarte na stronach od 35-43 oraz 107-109 nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokumenty znajdujące się na wskazanych stronach zawierają istotne dane o charakterze handlowym i organizacyjnym (informacje o kontrahentach, podmiocie trzecim, który będzie brał udział w wykonaniu zamówienia i udostępnia wykonawcy swoje zasoby, dokumenty formalne dotyczące tego podmiotu trzeciego), których poufność ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności. Informacje te obejmują doświadczenie i wiedzę przydatną do prowadzenia przedsiębiorstwa, a w szczególności do konkurencyjności na rynku danych specjalistycznych usług. W ocenie odwołującego, informacje objęte klauzulą poufności w jego ofercie wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi między innymi: referencja (str. 6 oferty), potwierdzenie udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci (str. 26 oferty), oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci (str. 27 oferty), dokumenty formalne dotyczące podmiotu trzeciego, tj. odpis z KRS, opinia bankowa, oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, zaświadczenie z US i ZUS, wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, certyfikaty i deklaracje zgodności WE oraz pełnomocnictwa dla reprezentantów podmiotu trzeciego. Odwołujący uznał, iż obowiązkiem zamawiającego jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, które to pojęcie jest definiowane nie tylko w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (do której odesłanie zawiera art. 8 ust. 3 ustawy Pzp), ale także w tzw. Porozumieniach TRIPS. Art. 39. Zamawiający musi zatem honorować regulacje wynikające z całego systemu prawnego Rzeczypospolitej i nie opierać działań na wyrywkowej interpretacji przepisów. Zastrzeżenie informacji znajdujących się na stronach 6, a także od 26 do 129 miało na celu ochronę interesu odwołującego i podmiotu trzeciego, poprzez uniemożliwienie konkurencji

poznania obszarów działania tych podmiotów. Ma to szczególne znaczenie ze względu na to, że informacje zawarte w wykazach nie były – jako zbiór informacji – nigdzie wcześniej prezentowane. Ochrona tych informacji wynika z potrzeby utrzymania w poufności faktu zawarcia porozumienia pomiędzy kontrahentami (z których żaden nie jest podmiotem publicznym). Skoro z wykazu zrealizowanych usług, jak i z dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego, można wysnuć wniosek co do tego kto je zrealizował, to także te informacje należało zastrzec. Samo zastrzeżenie zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby bez zastrzeżenia wykazu wraz z referencjami oraz dokumentów formalnych dotyczących tego podmiotu byłoby bezskuteczne bowiem na podstawie właśnie tych dokumentów można było ustalić z kim odwołujący i podmioty udostępniające zasoby współpracują, dla kogo realizują zamówienia, o jakiej wartości i w jaki sposób wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. O konieczności zachowania w poufności informacji zastrzeżonych w ofercie, odwołujący wskazywał również w piśmie z dnia 27 września 2011 r., w którym wskazywał na konieczność utrzymania w tajemnicy specyficznych dla obu spółek procesów technologicznych, które pozwalają utrzymać przewagę konkurencyjną w zakresie świadczenia usług, które są przedmiotem przetargu. Oba podmioty (odwołujący oraz udostępniający swój potencjał) stosują rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez między innymi zawieranie odpowiednich postanowień w Regulaminie pracy, w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami. Odtajnienie przez zamawiającego stron od 35 do 43 oferty, tj. wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie pozwala na ustalenie podmiotu, który udostępnił odwołującemu swoje zasoby, co naruszało przepis art 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili w dniu 20 października 2011 r. wykonawcy; Qumak-Sekom S.A. po stronie zamawiającego, Andra Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, Malkom D.Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna po stronie odwołującego.

### **III Sygn. akt KIO 2218/11**

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2218/11 odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Advatech Sp. z o.o. i VOL Sp. z o.o. sp.k. (dalej zwani konsorcjum Advatech), zarzucił zamawiającemu wadliwą ocenę ofert, zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawców Andra i Qumak-Sekom, których oferty podlegały



odrzuconiu i dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuconiu. Odwołujący w szczególności, jako naruszające art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy wskazał dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Andra Sp. z o.o., podlegającej odrzuconiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4 ustawy. Skierowanie do wybranego wykonawcy zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej stanowiło naruszenie art. 91b ust. 1 i 91a ust. 1 ustawy. Zamawiający poprzez zaniechanie ustalenia, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy, a dokonując jej wyboru naruszył art. 91 ust.1 ustawy. Odwołujący, jako naruszające art. 8 ust. 3 ustawy wskazał nie odtajnienie ofert Andra i Qumak-Sekom, Sygnity S.A. oraz Comparex Poland w zakresie dokumentów, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał na naruszenie art. 7 ust.1 i 3 ustawy poprzez nieuzasadnione zróżnicowanie sytuacji prawnej wykonawców wynikające z zaniechania odrzucenia ofert Andra i Qumak-Sekom, przy równoczesnym odrzuceniu oferty Comtegra sp. z o.o. w związku z okolicznościami występującymi w obu ofertach.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności oceny ofert, zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie powtórzenia czynności oceny, zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, a w szczególności o nakazanie dokonania w toku oceny bezpodstawnie zaniechanych czynności, to jest odrzucenia oferty Andra i Qumak-Sekom, zwrócenie się do wykonawcy Andra o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny i dokonanie wyboru oferty odwołującego. Odwołujący wniósł o odtajnienie dokumentów zawartych w ofertach wykonawców Andra i Qumak-Sekom, Sygnity S.A. oraz Comparex Poland, wobec których nie spełnione zostały ustawowe przesłanki zastrzeżenia ich poufności.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert Andra i Qumak-Sekom, odwołujący wskazał, iż oferty obu wykonawców w części merytorycznej w zakresie „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia potwierdzającego spełnienie wszystkich wymagań zamawiającego określonych w załączniku nr 1” oraz w zakresie „specyfikacji wymagań usług wdrożeniowych” są identyczne co do formy i treści, to jest w całości zawierają taką samą treść w tych samych, identycznych graficznie, pozycjach tabel. Mając na uwadze zapis siwz dotyczący wymaganej treści oferty, w kontekście odpowiedzi z dnia 25.08.2011 r. (odpowiedź na pytanie nr 13), wykonawcy byli zobowiązani do zidentyfikowania oferowanego rozwiązania w sposób, który umożliwi weryfikację przez zamawiającego, czy oferowane rozwiązanie spełnia każde z postawionych w siwz wymagań, a w tym celu zamawiający oczekiwał podania nazw i typu oferowanych urządzeń i oprogramowania. W obu ofertach nie zamieszczono informacji pozwalających na zidentyfikowanie oferowanych produktów, opisanych w wymaganiach: W1-W6, W12-W16, W19-W21, W44-W59, W75-W79, W86-W90. Brak danych nie pozwala na dokonanie weryfikacji spełniania przez oferowane produkty

wymagań zamawiającego. Ta sama okoliczność stała się podstawą w pełni słusznego odrzucenia przez zamawiającego oferty Comtegra sp. z o.o., którą to czynność zamawiający uzasadniał stwierdzeniem, iż wykonawca „skopiował jedynie wymagania zamawiającego w niezmienionej formie i oświadczył, że oferowane rozwiązanie spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w załączniku nr 1 do siwz”. Powyższa okoliczność stanowiła o niezgodności obu ofert z siwz, w tym z opisanym w pkt VII pkt 2 lit. b wymaganiem oraz z odpowiedzią na pytanie nr 13, która nie mogła być usunięta w drodze uzupełnienia treści ofert na podstawie art. 87 ust. 1 i 2 ustawy.

W szeregu zapisów obu ofert znajdują się sformułowania, które oznaczają, że oferty nie obejmują w istocie żadnego skonkretyzowanego rozwiązania, co wynikało z przekopiowania zapisów siwz, w których zamawiający opisał możliwe sposoby realizacji zamówienia (np. W-13 – w którym dopuszczono zapewnienie tzw redundancji bądź sprzętowo, bądź programowo). Wykonawcy w ofertach nie określili w jaki sposób oferują spełnienie wymagania. Stan taki należało zakwalifikować, bądź jako niezgodność ofert z siwz polegający na nieuwzględnieniu w oferowanych rozwiązaniach wymagań opisanych alternatywnie (brak skonkretyzowania świadczenia wykonawcy stanowiącego treść oferty), bądź jako brak wymaganego szczegółowego opisu technicznego pozwalającego ustalić, czy wymagania są spełnione, bądź wreszcie, jako niedozwoloną wariantowość ofert w omawianym zakresie. Niezależnie od sposobu kwalifikacji tej nieprawidłowości, oferty powinny być odrzucone. Identyczna wada dotyczy sposobu ujęcia w ofertach wymagań: W-8 (nie wiadomo, czy zaoferowane zostały licencje na oprogramowanie kontrolerów pamięci dyskowych, czy SSD), W-19 (nie skonkretyzowano które rozwiązanie, tj. CLI, czy też API zostało zaoferowane), W-21 (nie wiadomo co jest objęte ofertą, czy występują zasilacze, dyski i wentylatory), W-31 (nie ma informacji co do konkretnej ilości oferowanych licencji), W-35 i W-36 (nie wiadomo ile serwerów zawiera rozwiązanie przyjęte w ofercie), W-63 (pozostawiono możliwość wyboru technologii dyskowej w momencie realizacji oferty), W-7, W-23i W-40 (brak wyspecyfikowania nazwy, czy też typu sprzętu), W-8 i W-60 (nie ma informacji o ilości macierzy danego typu), W-80 (pod podaną nazwą zawiera się oznaczenie łącznie sześciu typów bibliotek wyposażonych w różną ilość slotów, co uniemożliwia weryfikację spełniania wymagania opisanego jako W-87), W-22, W-67, W-68 i W-69 (sprzeczne informacje co do tego, czy wykonawcy oferują rozwiązanie oparte na dyskach SSD).

Poza powyższymi brakami, w ofertach obu wykonawców nie spełniono części opisanych przez zamawiającego wymagań. Dotyczy to wymagań:

- W-7 - liczba pojedyncza wskazuje na zaoferowanie jednego przełącznika, a jednocześnie w całej ofercie nie podano informacji o ilości oferowanych przełączników, tym czasem

zamawiający przewidział dwa ośrodki przetwarzania (w W-1), czego nie można zapewnić przy wykorzystaniu tylko jednego przełącznika.

- W-9 – oferowane urządzenia nie spełniają wymagania, aby proponowane urządzenie umożliwiałoby również zdalne przejęcie konsoli za pośrednictwem protokołu TCP/IP. Proponowane urządzenia nie mają możliwości współpracy za pośrednictwem protokołu TCP/IP i nie posiadają nawet portu Ethernet umożliwiającego taką współpracę.

- W-11 – brak informacji o ilości dostarczanych szaf typu Rack, natomiast użycie liczby pojedynczej wskazuje na oferowanie pojedynczej sztuki, tymczasem zamawiający przewidział dwa ośrodki przetwarzania (w-11).

- W-56 – najmniejsza z bibliotek opisanych oznaczeniem podanym przez wykonawców przekracza opisany jako maksymalny ciężar szafy parametr 650kg/m<sup>2</sup> (razem z podsystemem tworzenia kopii zapasowych/archiwalnych). Do obliczenia nacisku na metr kwadratowy biblioteki, odwołując się do założenia pustej biblioteki taśmowej, bez zainstalowanych napędów taśmowych (10 sztuk) oraz nośników taśmowych.

- W-80 – W-81- nie podano ani nazwy, ani typu zastosowanych przełączników SAN, co prowadzi do wniosku, iż wykonawca nie zaoferował tych przełączników, co uniemożliwia funkcjonowanie całego systemu backupu danych dla proponowanego systemu.

- W-81 – wykonawcy nie podali nazwy oraz typu jakiegokolwiek urządzenia rozszerzającego możliwość oferowanego serwera HP Proliant DL380 G7 (o nominalnej wydajności 4000/s) o dodatkowe porty, co wskazuje na intencję wykonawców zastosowania serwerów w podstawowej konfiguracji. Deklarując wykorzystanie dwóch serwerów backupu w każdej lokalizacji system dysponować będzie łącznie ośmioma portami Ethernet typu 10Base-T/100Base-TX/1000Base-TX o łącznej nominalnej przepustowości 8000Mb/s, co po przeliczeniu daje prędkość 3,6TB/h. Zamawiający określił minimalną prędkość wykonywania kopii zapasowych na 5TB/h (5 Tera Bajtów na godzinę).

- W-97 – wykonawcy przewidzieli udokumentowanie wersji mikrokodów użytych w czasie instalacji, a zamawiający wymagał nie udokumentowania, lecz konkretnej usługi aktualizacji mikrokodów do najnowszej wersji.

- W-100 – wykonawcy oferują stworzenie projektu konfiguracji wolumenów dyskowych jako części dokumentacji powykonawczej, tymczasem projekt ten miał stanowić dokument prezentowany przed implementacją rozwiązania i miał stanowić podstawę do wdrożenia systemu. Jego brak na etapie wdrażania systemu informatycznego z użyciem macierzy dyskowych stanowi poważne uchybienie w metodyce. Projekt wymaga zaangażowania ekspertów systemowych oraz konsultacji z zamawiającym, jak również stworzenia odpowiedniej dokumentacji. Jego brak wpływa na obniżenie kosztów oferty.

- W- 107 – deklaracja zawarcia w dokumencie szczegółowej procedury dla odtwarzania kopii typu „pełen obraz” dla bazy danych nie spełnia oczekiwania opracowania procedur odtwarzania bazy danych.

Mając na uwadze identyczny sposób przygotowania ofert przez wykonawców Andra oraz Qumak-Sekom, odwołujący wywodzi, iż działali oni w porozumieniu, którego celem było osiągnięcie określonych skutków, tj. sprzedania zamawiającemu produktu po znacząco zawyżonych cenach. Zachowanie to wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w ogólnej klauzuli art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest ono sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, zagrażające lub nawet naruszające interes klienta, a zatem obie oferty powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Porozumienie to wypełnia również znamiona czynu ograniczającego konkurencję, opisanego w art. 6 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Oferty te są niezgodne z ustawą ponieważ ich złożenie nastąpiło w ramach zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, co wypełnia przesłankę do ich odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Ponadto, działanie wykonawcy Andra, zdaniem odwołującego, może być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, tj. naruszające art. 15 ust. 1 pkt 1, 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży towarów i usług poniżej ich kosztów wytworzenia lub świadczenia oraz na rzeczowo nieuzasadnionym, zróżnicowanym traktowaniu niektórych klientów oraz w końcu polegającym na wymuszaniu na klientach wyboru, jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy.

W ocenie odwołującego, zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Andra na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy po wcześniejszym przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w trybie przewidzianym w przepisie art. 90 ust 1 ustawy. W przedmiotowym postępowaniu realną wartość przedmiotu zamówienia wyznaczały oferty złożone przez wykonawców w toku aukcji elektronicznej, które wskazywały na wysokości ceny rynkowej w granicach pomiędzy 16 a 20 milionów złotych.

Ostatni zarzut dotyczy zaniechania odtajnienia ofert wskazanych w petitum odwołania, których treść nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego, zamawiający był zobowiązany do odtajnienia dokumentów złożonych w ofercie Qumak-Sekom S.A. i Andria Sp. z o.o., tj. certyfikaty, wykaz dokonanych dostaw i dokumentów potwierdzających ich prawidłowe wykonanie oraz zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia swoich zasobów (nie znajdujących się w części jawnej ofert), a także bezzasadnie utajnił dokładną specyfikację jakościowo/ilościową dostarczanych

urządzeń i oprogramowania oraz opis koncepcji technicznej (informacji dostępnych do wiadomości publicznej).

Analogicznie kwestionuje on sposób utajnienia części dokumentów w ofertach Sygnity S.A oraz całości oferty Comparex Poland Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego przystąpili skutecznie w dniu 20 października 2011 r. wykonawcy: Qumak-Sekom S.A. po stronie zamawiającego, ANdra Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, Comparex Poland Sp. z o.o. po stronie zamawiającego.

### **Stanowisko Izby**

Dla rozpoznania wniesionych odwołań w pierwszej kolejności należało ustalić stan prawny wiążący w sprawach rozpoznawanych łącznie. Odwołania będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostały do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, spośród określonych w art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołania na rozprawie. Ponieważ zamawiający uwzględnił przed otwarciem rozprawy w całości zarzuty podniesione w odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2218/11, a wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: Qumak-Sekom S.A. i Andra Sp. z o.o. wnieśli na posiedzeniu sprzeciw, odwołanie to podlegało rozpoznaniu przez Izbę na rozprawie.

- I. Odwołanie Malkom D.Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna (sygn. akt: KIO 2206/11)

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą zarówno strony formalnej, jak i merytorycznej decyzji zamawiającego o niezaproszeniu odwołującego do aukcji elektronicznej i uznania, iż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu. Odwołujący zarzucił

bowiem zamawiającemu zasadność stwierdzenia, iż oferta odwołującego będzie podlegać odrzuceniu, jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również samą formą zawiadomienia, w której zamawiający jedynie zapowiedział odrzucenie oferty, co stanowiło uzasadnienie braku zaproszenia odwołującego do aukcji elektronicznej. Mając na uwadze przyjętą w ustawie formułę prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego z aukcją elektroniczną, w którym informacja o ofertach odrzuconych przekazywana jest niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, co następuje po zamknięciu aukcji elektronicznej, nie ma podstaw do formułowania zarzutu zamawiającemu, który w celu umożliwienia wykonawcom ochronę ich interesu w uzyskaniu zamówienia, poinformował o przyczynie braku skierowania do nich zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 91a ustawy, aukcja elektroniczna prowadzona jest po dokonaniu oceny ofert, która wyznacza krąg podmiotów, do których zamawiający może skierować zaproszenie do aukcji elektronicznej. Pomimo doniosłości dla przebiegu postępowania, jak i samych uczestników postępowania, czynności oceny ofert, ustawodawca nie przewidział wcześniejszego, tj. przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej, powiadomienia wykonawców, których oferty podlegają odrzuceniu o przyczynach takiej oceny. W tej sytuacji, przekazanie stosownej informacji przez zamawiającego podlega kontroli w kontekście naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Skoro zamawiający jest zobowiązany do zawiadomienia wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu i zaproszonych do aukcji elektronicznej między innymi o pozycji ich ofert i uzyskanej punktacji, to zawiadomienie również tych wykonawców, do których zaproszenie nie zostaje skierowane o przyczynach, dla których zamawiający odmówił im dalszego udziału w postępowaniu, nie tylko nie narusza zasady równego traktowania wykonawców, lecz stanowi o jej przestrzeganiu. Przekazanie informacji do wykonawców, którzy nie będą mogli uczestniczyć w dalszym etapie postępowania, stanowi o przejrzystości działań zamawiającego, jak również zapewnia dostęp do informacji na równych zasadach dla wszystkich uczestników postępowania. Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający w tym samym dniu skierował do wykonawców zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej i poinformował o tej czynności pozostałych wykonawców, których oferty, w ocenie zamawiającego będą podlegały odrzuceniu, informując ich jednocześnie o okolicznościach, z jakich wywodził taki skutek. W ocenie składu orzekającego, działania te nie naruszały przepisów ustawy i były podejmowane w duchu zapewnienia wszystkim wykonawcom równego dostępu do informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnośnie merytorycznej części zarzutu dotyczącej braku podstaw do uznania przez zamawiającego, iż oferta odwołującego będzie podlegać odrzuceniu, jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała argumentację

odwołującego za niezasadną. W ocenie składu orzekającego, zamawiający w sposób prawidłowy uznał, iż wyniki testów prezentowane w ofercie odwołującego w tabeli nr 3 (str. 112 oferty) dla iteracji od 2 do 3 były niezgodne z treścią siwz, w której wymagano porównania czasów wykonywania zapytań analitycznych (załącznik nr 8 pkt 4 lit b). Zamawiający w załączniku nr 7 do siwz określił średnie maksymalne czasy wykonywania poszczególnych zapytań określone w sekundach (tabela). Wykonawcy byli zobowiązani do przeprowadzenia testów przy wykorzystaniu udostępnionego w tym celu przez zamawiającego narzędzia – pliku, a ich wyniki miały być podane w formularzu ofertowym. W tabeli nr 3 prezentującej wyniki wykonania zapytań, odwołujący dla iteracji od 2 do 5 wstawił wartość „0”, co uzasadniał stwierdzeniem, iż podana wartość stanowi zaokrąglenie rzeczywistego czasu, jaki został uzyskany w trakcie testów. Na rozprawie, odwołujący wyjaśnił, iż testy były wykonane zgodnie z zaleceniami zamawiającego, a przy konfiguracji bazy danych Oracle 11gR2, wykorzystał on mechanizmy nie zabronione przez zamawiającego, powszechnie dostępne w bazie danych i wynikające z funkcjonalności „pamięć podręczna wyników”, która pozwala na skrócenie czasu wykonania poszczególnych operacji. Podana wartość, nie stanowi zatem dokładnego wyniku i jest jego zaokrągleniem do pełnej sekundy, czego wymagał zamawiający.

W oparciu o zgodne oświadczenia stron, poparte złożonym na rozprawie materiałami dotyczącymi bazy danych Oracle 11g, Izba ustaliła, iż odwołujący wykonując testy wydajnościowe skorzystał z dostępnej funkcjonalności polegającej na sprawdzeniu pamięci podręcznej, w której zapisane zostały wyniki zadanego zapytania. Pamięć podręczna, jak wynika z materiału przedłożonego przez odwołującego, stanowi proces polegający na przechowaniu danych w pamięci zamiast na dyskach. Przy korzystaniu z pamięci podręcznej, wynik nadchodzi bezpośrednio z pamięci bazy danych, a nie po wykonaniu zapytania. W rzeczywistości za pierwszym razem, gdy zapytanie jest przeprowadzane z podpowiedzią, liczba logicznych operacji wejścia/wyjścia utrzymuje się na niezmiennym poziomie, ponieważ baza danych musi wykonywać operacje wejścia/wyjścia, by zbudować pamięć podręczną. Późniejsze wywołania będą dostarczać dane z pamięci podręcznej, ograniczając liczbę logicznych operacji wejścia/wyjścia do zera (opis ze strony 3 dokumentu złożonego przez odwołującego). Uzyskanie czasu odpowiedzi na poziomie wynoszącym „0” sekund, nie przedstawia czasu wykonania zadanego zadania analitycznego, obrazuje natomiast czas zwrotu do klienta gotowego wyniku zapisanego w pamięci podręcznej. W ofercie odwołującego, rzeczywisty czas wykonania zapytań analitycznych został przedstawiony w tabeli nr 3 w iteracji 1, w dalszych iteracjach (od 2 do 5) prezentowane wyniki dotyczą czasu przedstawienia wyniku zapisanego w pamięci podręcznej bazy danych. Izba uznała, iż wykorzystanie tej funkcjonalności w trakcie testu, doprowadziło do wskazania wyników, które nie pozwalały na porównanie czasów wykonania powtarzanych zapytań

analitycznych. Faktycznie bowiem, jedynie przy zapytaniu zadany po raz pierwszy wykonywane były logiczne operacje, a przy późniejszym wywoływaniu tego samego zapytania prezentowany był wynik zapisany w pamięci podręcznej. W tych okolicznościach, wskazana treść oferty nie odpowiadała oczekiwaniu zamawiającego wyrażonemu w załączniku nr 8 do siwz, co słusznie zamawiający zakwalifikował, jako niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, prowadzącą do odrzucenia oferty. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu była podnoszona okoliczność, iż zamawiający nie zabronił wykorzystania funkcjonalności powszechnie wykorzystywanej w bazie danych Oracle. Izba uznała, iż decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia miał wskazany przez zamawiającego cel prowadzenia testów wydajnościowych, jakim było porównanie wykonania czasów zapytań analitycznych, powtarzanych 5-ciokrotnie. Zamawiający określił w siwz – załącznik nr 7, uśrednione wartości minimalne czasu wykonania poszczególnych zapytań, których spełnienie miało zostać wykazane w treści ofert. W ofercie odwołujący przedstawił poniżej tabeli nr 3 uśrednione czasy wykonania zapytań, uzyskane poprzez podzielenie wartości wskazanych w iteracji nr 1 przez 5 (ilość zapytań). Ponieważ w tabeli nr 3 podane wartości dla iteracji od 2 do 3 (dotyczące powtarzanych zapytań) nie prezentowały rzeczywistego czasu wykonania zapytań analitycznych, tym samym również wartości opisane jako „średni uzyskany czas wykonania zapytań” uniemożliwiły przeprowadzenie oceny oferty odwołującego z poszanowaniem zapisów siwz., prowadząc do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W konsekwencji wyrażonego stanowiska również zarzut naruszenia art. 91 b ust. 1 ustawy nie zasługiwał na uwzględnienie, a odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

## II. Odwołanie Comparex Poland Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2217/11).

Izba oddaliła odwołanie.

Formułowane zarzuty dotyczą oceny oferty odwołującego, którą zamawiający uznał za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkowało brakiem zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej. Wskazana przez zamawiającego w piśmie z dnia 5 października 2011 r. niezgodność treści oferty dotyczy między innymi identycznej podstawy faktycznej, jak wskazana w stosunku do wykonawcy Malkom. W tym zakresie, stanowisko Izby jest identyczne jak w pierwszej części uzasadnienia. W ofercie odwołującego prezentowane na stronie 108 czasy wykonania zapytań analitycznych zostały określone wyłącznie dla iteracji nr 1, a w iteracjach od 2 do 5 prezentowany wynik („0” sekund) dotyczy odczytu wyniku z pamięci podręcznej. Comparex identycznie jak Malkom posłużył się w trakcie testów funkcjonalnością bazy pozwalającą na



skrócenie czasu uzyskania wyniku wcześniej zapisanego w pamięci podręcznej, co nie odnosiło się do rzeczywistego czasu wykonania logicznej analizy. W uzupełnieniu dotychczas przedstawionej argumentacji należało odnieść się do podnoszonej przez odwołującego Comparex możliwości uzupełnienia treści oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby, taka możliwość nie zachodziła w odniesieniu do złożonego załącznika zawierającego wyniki testów wydajnościowych, które obrazowały czynności wykonawcy związane z przygotowaniem oferty. Uzupełnienie dokumentu, do czego dążył odwołujący, prowadziłyby faktycznie do konieczności powtórzenia testów, które zostały przeprowadzone w sposób uniemożliwiający ocenę wydajności systemu. Umożliwienie uzupełnienia tego dokumentu, wymagałoby dokonania zmiany treści oferty i założeń, którymi kierował się wykonawca przy jej sporządzaniu. Okoliczności te wskazują, iż wyniki testów wydajnościowych stanowiły treść oferty określającą parametry oferowanego przedmiotu zamówienia, tj. określającą przedmiot świadczenia, podlegający ocenie pod kątem zgodności z wymaganiami zamawiającego. Wprowadzenie zmiany w tej materii skutkowałoby zmianą oferty po jej otwarciu, czemu nie służy wprowadzona w art. 26 ust. 3 ustawy procedura uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać między innymi, iż oferowanego dostawy, usługi spełniają wymagania zamawiającego.

Odnośnie dodatkowej okoliczności, wskazanej przez zamawiającego, jako przesłanka uznania oferty odwołującego za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. braku potwierdzenia w ofercie Comparex wymagań ogólnych dotyczących systemu, jego rozwiązania, funkcjonalności, wydajności, a także wymaganych szkoleń, Izba uznała, iż nie mogła ona prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego. Mając jednak na uwadze zasadność stwierdzonej niezgodności dotyczącej wyników testów wydajnościowych, stanowisko zamawiającego dotyczące szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, pozostawało bez wpływu na wynik oceny oferty odwołującego, w tym przyjęcia, iż podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą między innymi szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia potwierdzającego spełnienie wszystkich wymagań zamawiającego określonych w załączniku nr 1 do siwz (rozdział VII lit. b siwz). W odpowiedzi na pytanie nr 13 z dnia 25.08.2011 r. zamawiający doprecyzował, co rozumiał pod pojęciem szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, wskazując na podanie między innymi nazwy i typu oferowanego sprzętu i oprogramowania. Poza przywołanym postanowieniem specyfikacji i odpowiedzią, zamawiający nie wskazywał stopnia szczegółowości informacji, jakie miały być zawarte w opisie. Zgodnie z §1 projektu umowy szczegółowy opis przedmiotu umowy wraz ze specyfikacją techniczną stanowić będą załączniki nr 1 oraz 1A do umowy. Szczegółowy opis przedmiotu umowy (załącznik nr 1 do umowy) miał być sporządzony na podstawie oferty, natomiast specyfikacja wymaganych

usług wdrożeniowych (załącznik nr 1A do umowy) miała być sporządzona na podstawie Załącznika nr 1A do siwz. Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz, zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wymagał dostarczenia elementów platformy w konfiguracji zgodnej z siwz. Załącznik ten zawiera dwa elementy opis, tj. dotyczące specyfikacji wymagań (tabela 1) oraz specyfikacji wymaganych usług wdrożeniowych (tabela 2 – załącznik nr 1A do siwz). Mając na uwadze odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 13 z dnia 25.08.2011 r., Izba uznała za wystarczający szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierający spis oferowanego sprzętu i oprogramowania z podaniem nazw, typu, liczby i numerów seryjnych poszczególnych elementów przedstawionych dla dwóch ośrodków: podstawowego i zapasowego, jaki został sporządzony na stronach od 110 do 126 oferty. Opis, jakiego zamawiający wymagał w ofertach nie miał stanowić szczegółowego opisu rozwiązania, którego opracowanie zostało przewidziane, jako element przedmiotu umowy (§ 1 ust. 2.1 projektu umowy – załącznik nr 2 do siwz). Skoro zamawiający na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia swoje oczekiwania względem szczegółowego opisu przedmiotu umowy zdefiniował w odpowiedzi na pytanie nr 13, a odwołujący przyjmując wytyczną zamawiającego złożył w ofercie jedynie zestawienie sprzętowe, to zdaniem Izby nie było podstaw do przyjęcia, iż oferta była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie było obowiązkiem wykonawcy załączenie do oferty specyfikacji wymagań zamawiającego wskazanej w załączniku nr 1 do siwz. Specyfikacja ta stanowiła wytyczną do przygotowania elementów platformy w konfiguracji zgodnej z siwz, co stanowiło przedmiot dostawy, wskazany w załączniku nr 1 do siwz. Zamawiający w piśmie z dnia 5.10.2011 r. wskazał rozdział VII lit b. siwz i wymóg złożenia szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia potwierdzającego spełnienie wszystkich wymagań, którego niespełnienie stanowiło uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający nie sprecyzował, których wymagań ogólnych określonych w załączniku nr 1 do siwz nie spełnia wyspecyfikowany sprzęt. Skoro zamawiający uznawał wcześniej za wystarczające przedstawienie informacji dotyczącej oferowanych urządzeń, to należało uznać, iż był on w stanie na tej podstawie ocenić oferowane rozwiązanie. Brak dostatecznej wiedzy pozwalającej zamawiającemu na ocenę elementów platformy sprzętowej, nie mógł uzasadniać stwierdzenia, że wykonawca nie wykazał spełnienia ogólnych wymagań dotyczących systemu.

Niezależnie od uchybienia w tym zakresie przepisowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, nie zmieniało ono oceny oferty odwołującego, która była niezgodna z treścią siwz w zakresie potwierdzenia testów wydajnościowych. Uwzględnienie w części argumentacji odwołującego nie mogło prowadzić do zmiany decyzji zamawiającego, który nie zaprosił do aukcji elektronicznej odwołującego.

Ostatni z zarzutów podniesiony w odwołaniu przez Comparex dotyczył odtajnienia informacji zawartych na stronach od 35 do 43 oferty, na których znajduje się wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonania. Oddalając odwołanie w tym zakresie, Izba uznała argumentację odwołującego, jako niewystarczającą. Skoro wykazem objęte zostały umowy realizowane na rzecz Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, informacje dotyczące podmiotu świadczącego usługę, są one informacjami powszechnie dostępnymi. Izba uznała, iż z treści ujawnionych dokumentów nie wynika, że podmiot udostępniający swój potencjał (IBM) miał uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy, która to informacja miała zasługiwać na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto należy zauważyć, iż odtajnienie treści oferty nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, w którym oferta odwołującego została uznana za niezgodną z treścią siwz, a wykonawca nie brał udziału w aukcji elektronicznej. Zatem odwołanie w tym zakresie nie mogło odnieść skutku zamierzonego przez odwołującego, jakim miało być przywrócenie oferty odwołującego do postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż zamawiający prawidłowo nie zaprosił odwołującego do aukcji elektronicznej, gdyż jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

III. Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Advatech Sp. z o.o., VOL Sp. z o.o. sp. k. (sygn. akt: KIO 2218/11).

Izba uwzględniła odwołanie.

Rozstrzygając przedmiotowe odwołanie, Izba w pierwszej kolejności odniosła się do podnoszonych łącznie wobec ofert Qumak-Sekom S.A. i Andra Sp. z o.o. zarzutów dotyczących sposobu wykazania spełniania wymagań zamawiającego dotyczących oferowanych rozwiązań, jako podstawy do odrzucenia obu ofert. W zakresie tego zarzutu aktualność zachowują wywody Izby poczynione przy odwołaniu Comparex Poland Sp. z o.o. (KIO 2217/11) i dotyczące wymagania sporządzenia „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia potwierdzającego spełnianie wszystkich wymagań zamawiającego określonych w załączniku nr 1”. Izba uznała, iż szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia istotny z punktu widzenia zapisów siwz (odpowiedzi zamawiającego z dnia 25.08.2011 r.) zawierały utajnione w obu ofertach karty (str. 88 i 89 – Qumak-Sekom S.A. i 111 i 112 – Andra Sp. z o.o.). Załączone do ofert załączniki nr 1 do siwz, stanowiły w zasadzie przeniesienie treści specyfikacji z odwołaniem się do proponowanej platformy sprzętowej i oprogramowania. W tej sytuacji argumentacja odwołującego, w której wykazywał on

niepełnienie ogólnych wymagań, była niepełna i nie mogła odnieść skutku. Izba uznała, iż decydującą dla oceny merytorycznej ofert znaczenie miała treść wymagana przez zamawiającego w zakresie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący natomiast w całości skupił się na treści załącznika nr 1 do siwz przeniesionego do treści obu ofert, co nie mogło prowadzić do uznania tych ofert za niezgodne z treścią siwz. Ponownie należało zwrócić uwagę, iż dopiero w ramach realizacji przedmiotu zamówienia zakładane jest opracowanie i dostarczenie zamawiającemu analizy i projektu technicznego oferowanego rozwiązania. Na etapie składania ofert, wykonawcy mieli przedstawić zamawiającemu elementy platformy sprzętowej i oprogramowanie, na jakim opierało się oferowane rozwiązanie. Formułowanie oczekiwań, aby w ofertach uwzględniano, dostosowaną do warunków środowiskowych, gotową do wdrożenia infrastrukturę, stoi w sprzeczności z przywoływanymi wcześniej postanowieniami specyfikacji określającymi przedmiot zamówienia. Również złożone przez odwołującego na rozprawie dowody nie uwzględniały danych wynikających z dokumentów, do których odwołujący nie miał dostępu. Izba uznała, iż złożona opinia techniczna nie mogła być uznana, jako dowód potwierdzający nie spełnienie wymagań zamawiającego, gdyż w dużej części sformułowania w niej zawarte były uzasadniane jedynie autorytetem sporządzającego opinię, a nie wiedzą specjalistyczną. W oparciu o powyższe, Izba oddaliła zarzut dotyczący niezgodności obu ofert ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Izba oddaliła zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez wykonawców Qumak-Sekom S.A. oraz Andra Sp. z o.o., którzy mieli działać w porozumieniu składając oferty w postępowaniu. Izba uznała zarzut za gołosłowny, gdyż identyczność obu ofert w zakresie dotyczącym oferowanych rozwiązań nie dowodzi działania niezgodnego z prawem. Na rozprawie obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia, w których tłumaczyli podobieństwo swoich ofert udziałem w ich przygotowaniu wspólnego partnera handlowego, jakim jest Hewlett-Packard Sp. z o.o., który przygotował część dotyczącą konfiguracji sprzętowej infrastruktury HP, co potwierdzili składając oświadczenia podmiotu. W ocenie Izby, okoliczność ta nie dowodzi zawarcia porozumienia pomiędzy wykonawcami w postępowaniu, a ponieważ odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, potwierdzających stawiany zarzut, Izba oddaliła w tym zakresie odwołanie. Powoływana przez odwołującego okoliczność dotycząca znaczącej różnicy w cenach, traciła na znaczeniu, mając na uwadze ustaloną w toku rozprawy okoliczność wniesienia odwołania przez Andra Sp. z o.o., wobec zaniechania poprawienia ceny oferty uzyskanej w wyniku zakończenia aukcji elektronicznej na kwotę 15.850.000,00 zł., która odpowiadałaby cenie rynkowej, na jaką wskazują złożone w postępowaniu oferty. Okoliczność ta miała znaczenie przy ocenie kolejnego zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego procedury zmierzającej do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy). Samo

zachowanie wykonawcy – Andra Sp. z o.o. wskazuje na zasadność podniesionego zarzutu. W ocenie Izby, prowadzenie aukcji elektronicznej nie stoi na przeszkodzie zweryfikowaniu ofert pod kątem rażąco niskiej ceny ofert złożonych w trakcie aukcji, a w dalszej konsekwencji ewentualnemu ich odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Wyłączenie w art. 91c ust. 1 ustawy stosowania przepisu między innymi art. 89 ustawy, dotyczy jedynie toku aukcji, kiedy składane są postąpienia, podlegające automatycznej ocenie, według ustalonego w zaproszeniu sposobu przeliczania postąpień na punktową ocenę oferty. W toku aukcji zamawiający nie ma praktycznie żadnej możliwości weryfikowania ofert, co jednak nie oznacza, iż został pozbawiony możliwości odrzucenia ofert złożonych w trakcie aukcji po jej zamknięciu. Zamknięcie aukcji nie oznacza automatycznie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a jedynie wskazuje na koniec procesu składania postąpień. Zazwyczaj ustalenie oferty najkorzystniejszej następuje automatycznie według wzoru podanego do wiadomości wykonawcom, jednak w sytuacji kiedy zamawiający zdecyduje, iż w toku aukcji nie wszystkie kryteria oceny ofert będą wpływały na punktację uzyskaną w toku aukcji, wówczas po jej zakończeniu zamawiający będzie musiał dodać do ostatecznej punktacji oferty punkty uzyskane w tych kryteriach w toku „pisemnej” części postępowania. Nie zawsze zatem zamknięcie aukcji w sposób jednoznaczny wskazuje na ofertę najkorzystniejszą. Aukcja elektroniczna prowadzona jest w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, o której to czynności zamawiający jest zobowiązany poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu (art. 92 ust. 1 ustawy). Wprawdzie ustawa w art. 91 ust. 5 odsyła do odpowiedniego stosowania art. 80 ust. 2, dotyczącego informowania o wyborze oferty wybranej po zamknięciu licytacji elektronicznej, co następuje bezpośrednio po zamknięciu licytacji, to jednak w ocenie składu orzekającego odesłanie to wskazuje przede wszystkim na obowiązek zamieszczenia pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, którego ofertę wybrano. W przypadku aukcji elektronicznej od zamawiającego wymaga się przesłania zawiadomienia do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty nie tylko o wyborze oferty najkorzystniejszej, ale także o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, czy też wykonawcach wykluczonych. Czynność ta jest zatem odrębną czynnością zamawiającego, podejmowaną po ustaleniu wyników aukcji elektronicznej. Znamienne jest również, iż w art. 91c ust. 1 ustawy nie wyłączono stosowania przepisów art. 90 ustawy, jak ma to miejsce w odniesieniu do licytacji elektronicznej (art. 81 ustawy), a zatem ustawodawca nie wyłączył możliwości ustalenia rzetelności kalkulacji ofert złożonych w toku aukcji. Rozwiązanie to umożliwia zamawiającym uniknięcie zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta podlegać powinna odrzuceniu, a informację w tym zakresie zobowiązany jest przekazać jednocześnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania wyjaśnienia wysokości ceny w ofercie wybranej w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej, nakazała jedynie unieważnienie samego wyboru oferty najkorzystniejszej i nie nakazała unieważnienia aukcji elektronicznej, w której wykonawcy biorący w niej udział pozostają związani ofertami, w takim zakresie, w jakim złożyli korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej (art. 91 ust.4 ustawy). Uznając, iż w odniesieniu do wybranej oferty, zachodziło podejrzenie, iż zawiera ona rażąco niską cenę, Izba nakazała zamawiającemu wszczęcie procedury przewidzianej w art. 90 ustawy.

Izba uznała za zasadne zarzuty dotyczące zaniechania odtajnienia w ofertach Qumak-Sekom S.A., Andra Sp. z o.o. oraz Sygnity S.A. dokumentów zawierających szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, które w ocenie Izby, z uwagi na przyjętą koncepcję zamówienia, nie zawierały know-how rozwiązania. Sam wykaz jednostek sprzętowych złożony w ofertach nie zawierał szczegółowego opracowania rozwiązania, którego opracowanie i dostarczenie stanowiąc będzie przedmiot umowy. Ponadto, w części jawnej ofert Qumak-Sekom S.A. oraz Andra Sp. z o.o. znajdowały się fragmenty zapisów z kart zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, co dodatkowo pozbawiało zasadności ich utajnienia w postępowaniu o zamówienie publiczne. Izba uwzględniając odwołanie w tym zakresie wzięła również pod uwagę treść wyjaśnień, jakie zostały złożone zamawiającemu przez wykonawców i które nie zawierały dostatecznego uzasadnienia zastrzeżenia tych dokumentów. Wykonawcy lakonicznie stwierdzali potrzebę zachowania w tajemnicy know-how, bez odniesienia się do treści dokumentu (wyjaśnienia Qumak-Sekom z dnia 27.09.2011 r. oraz wyjaśnienia Andra Sp. z o.o. z dnia 28.09.2011 r.). Natomiast wyjaśnienia Sygnity z dnia 27.09.2011 r. sprowadzały się wyłącznie do stwierdzenia konieczności utrzymania informacji w tajemnicy, gdyż wykonawca podjął działania zmierzające do zachowania poufności dokumentów.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 i 3 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: .....**