Sygn. akt: KIO 2618/18

Wyrok
z dnia 9 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 7 stycznia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2018 r. przez odwołującego - **Arkom PS Sp. z o.o. Sp.k., (**Henryków-Urocze, ul. Mokra 30, 05-504 Złotokłos**)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, (**ul. Wita Stwosza 36, 40-042 Katowice),

przy udziale wykonawcy: S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. (ul. Bestwińska 105A, 43-346 Bielsko-Biała),

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Arkom PS Sp. z o.o. Sp.k., (**Henryków-Urocze, ul. Mokra 30, 05-504 Złotokłos**)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

.....

Sygn. akt KIO 2618/18

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp], przez Zamawiającego: Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, którego przedmiotem jest: „Dostawę 6 samochodów dowodzenia i łączności (kompanijne stanowisko dowodzenia}"; sprawa WT-I.2370.20.2018. Postępowanie zostało ogłoszone w Dz. U.UE z dnia 05.12.2018 r., 2018/192,433353-2018-PL.

Wnoszący odwołanie wykonawca - ARKOM PS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą Henryków-Urocze, (Złotokłos) (Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, wobec czynności oceny i wyboru oferty wykonawcy S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej, a mianowicie zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie:

1)art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S. Pojazdy Specjalne Sp. z o. o. jako niezgodnej z treścią opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ, z uwagi na rozbieżności z treścią SIWZ wymienione w pkt I i pkt II uzasadnienia odwołania;

2)art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp - nieuprawnione poprawienie omyłki w treści oferty wykonawcy S. Pojazdy Specjalne Sp. z o. o., polegające na przyjęciu, że wykonawca zaoferował faktycznie inny odbiornik TV LCD, niż wskazany przez niego w wypełnionym przez wykonawcę załączniku nr 4 do SIWZ, podczas gdy nie było podstaw do uznania że doszło do omyłki kwalifikującej się do poprawienia, w wyniku czego doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty tego wykonawcy (pkt II uzasadnienia odwołania);

3)art. 24 ust 1 pkt 17) - zaniechanie wykluczenia wykonawcy S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o., mimo przedstawienie przez niego w wyjaśnieniach treści oferty z dnia 30.11.2018 r. wprowadzających Zamawiającego w błąd informacji dotyczących wymaganego minimalnego wyniku oferowanego procesora w teście Passmark, co miało wpływ na uznanie przez Zamawiającego, ze oferta wykonawcy jest zgodna z SIWZ (pkt III uzasadnienia odwołania);

4)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 7a) ustawy Pzp - dokonanie wyboru oferty wykonawcy S. Pojazdy Specjalne Sp. z o. o w dniu 17.12.2018 r. pomimo że zgoda tego wykonawcy na poprawienie omyłki w jego ofercie nastąpiła dopiero w dniu 18.12.2018 r. (pkt II uzasadnienia odwołania);

5)art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uzku) - zaniechanie przez Zamawiającego zbadania skuteczności zastrzeżenia przez wybranego wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji zawartych w wykazie dostaw oraz referencjach (pkt IV uzasadnienia odwołania);

6)art. 8 ust 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uzku) - zaniechanie odtajnienia wykazu dostaw i referencji wybranego

wykonawcy, podczas gdy informacje zawarte w treści tych dokumentów nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa, należycie uzasadnionej w terminie składania ofert (pkt IV uzasadnienia odwołania);

7)w konsekwencji - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - wybranie oferty, która podlegała odrzuceniu i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (2) odrzucenia oferty S. Pojazdy Specjalne Sp. z o. o. jako niezgodnej z treścią SIWZ; (3) wykluczenia S. Pojazdy Specjalne Sp. z o. o. z uwagi na przedstawienie przez niego informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mających wpływ na ocenę jego oferty; (4) odtajnienia informacji zastrzeżonych przez wybranego w Postępowaniu wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa (tj. wykazu dostaw i referencji), nieodtajnionych bezzasadnie przez Zamawiającego; (5) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. Odwołujący otrzymał w dniu 17.12.2018 r. (pismo Zamawiającego z tej daty). W dniu 18.12.2018 r. Odwołujący otrzymał, na skutek złożonego przez siebie e-mailem w dniu 17.12.2018 r wniosku o przekazanie całej korespondencji między wybranym w Postępowaniu wykonawcą a Zamawiającym, wnioskowaną dokumentację, z wyjątkiem wykazu dostaw oraz referencji, których treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uwzględniając powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania, licząc od dnia powzięcia informacji będących postawą do wniesienia odwołania, został dochowany.

Wykonawca stwierdził również, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż Zamawiający czynnością z dnia 17.12.2018 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wniesionej przez wykonawcę S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o., podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona. W sytuacji, w której oferta ta zostałaby odrzucona, uwzględniając kryteria oceny ofert w Postępowaniu (pkt 17 SIWZ), Zamawiający dokonałby wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, jako sklasyfikowanej na 2 miejscu spośród trzech ofert złożonych w Postępowaniu. W wyniku czynności Zamawiającego Odwołujący poniósł szkodę wyrażającą się w uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów podał co następuje:

I.Niezgodność treści wybranej oferty S. z treścią SIWZ.

Zamawiający Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa 6 szt. samochodów dowodzenia i łączności (kompanijne stanowisko dowodzenia) we wskazanych w SIWZ lokalizacjach (pkt 3 SIWZ). Szczegółowy zakres dostawy został przedstawiony, zgodnie z pkt 3 SIWZ, w dokumentacji technicznej zawierającej wymagania techniczne wykonania, a także warunki gwarancji i serwisu, tj. w załączniku nr 4 do SIWZ (załączniku nr 3 do wzoru umowy) zatytułowanym „Wymagania techniczne i warunki minimalne", Wypełniony przez wykonawcę załącznik nr 4 do SIWZ, w zakresie dotyczącym oferowanego modelu pojazdu, miał zostać złożony wraz z ofertą i podlegał ocenie odnośnie wymogów technicznych zawartych przez Zamawiającego w tym załączniku (vide treść załącznika nr 4 do SIWZ, par. 2 ust. 1 wzorca umowy).

Wykonawca S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. (dalej: wykonawca S.) złożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ - „Wymagania techniczne i warunki minimalne" z którego wynika, że oferowane przez jego pojazdy są niezgodne z treścią wymogów Zamawiającego zawartych w treści tego załącznika. Oferta taka podlega zatem odrzuceniu, zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art 87 ust 2 pkt 3."Tymczasem Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy S. pomimo że był do tego zobowiązany , z uwagi na poniżej wymienione niezgodności z treścią SIWZ:.

a)pkt 10.1 Załącznika nr 4 do SIWZ - Test Passmark

Zamawiający w pkt. 10.1 Zał. nr 3 do SIWZ wymagał dostawy trzech fabrycznie nowych komputerów typu notebook wyposażonych w procesor w wersji mobilnej, który w teście Passmark CPU Mark winien uzyskiwać wynik min. 4000 punktów. Taki wynik zaproponowanego procesora musiał znajdować się na stronie http://www.cpubenchmark.net.

Wykonawca zaoferował procesor i7-5500U. Następnie w pkt 1) wyjaśnień z 30.11.2018 r. (złożonych w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści oferty z dn. 21.11.2018 r.) wykonawca ten wskazał, że w dniu składania ofert oferowany procesor w testach Passmark CPU Mark uzyskał wynik 4005 pkt. Na potwierdzenie tej deklaracji dowyjaśnień załączono oświadczenie firmy ITS Solutions Sp. z o. o. oraz korespondencję mailową przedstawiciela firmy Pass Mark Software. Wynik minimalny powinien być spełniony na dzień składania ofert oraz w toku całego Postępowania, jako że oferta powinna być zgodna z opisem przedmiotu zamówienia w toku całego Postępowania, a Zamawiający musi otrzymać zamówiony produkt. Tymczasem wynik minimalny nie został osiągnięty ani na dzień składania ofert ani w toku Postępowania. W złożonych wyjaśnieniach z dnia 30.11.2018 r. wykonawca nie wykazał, że oferowany przez niego procesor spełnia parametr minimalny ani na termin składania ofert ani w jakimkolwiek innym dniu. Twierdzenia wykonawcy S. zawarte w pkt 1] wyjaśnień z dn. 30.11.2018 r. są sprzeczne ze stanem faktycznym, gdyż w dniu składania ofert tj. w dniu 14.11.2018r.

ze strony wskazanej przez Zamawiającego http://www.cpubenchmark.net. Odwołujący pobrał wynik testu dla oferowanego przez tego wykonawcę procesora i wyniósł on 3971 pkt, na okoliczność czego wykonawca dysponuje wydrukiem [wydruk ze strony http://www.cpubenchmark.net z dn. 14.11.2018 r. wraz z tłumaczeniem - załącznik nr 1 do odwołania), . Procesor który w wym. teście uzyskuje wynik 3971 pkt. bezsprzecznie nie spełnia minimalnych wymagań Zamawiającego wynoszących 4000pkt.

b)pkt 10.3 Załącznika nr 4 do SIWZ - brak modułu druku dwustronnego w drukarce

Zamawiający w pkt. 10.3 Zał. nr 4 wymagał dostawy drukarki z modułem druku dwustronnego. Tymczasem zaoferowana przez tego wykonawcę drukarka HP Color LaserJet Pro MFP M280nw (T6B80A) nie posiada takiego modułu, a jedynie sterownik umożliwiający ręczne przełożenie kartek. Producent oferowanej drukarki firma HP precyzuje, że moduł druku dwustronnego posiadają drukarki oznaczone symbolem literowym (d), umieszczonym po cyfrowym numerze modelu. Tymczasem zgodnie z informacją od firmy HP, drukarka zaoferowana przez wykonawcę S. posiada wyłącznie funkcję łączności przewodowej Ethernet (n) i bezprzewodową (w), a dopiero drukarki HP Color LaserJet Pro MFP M281fdn/M281fdw posiadają oprócz funkcji łączności przewodowej Ethernet (n), bezprzewodowej (w), faksu (f), także moduł druku dwustronnego (d). Dodatkowo w bazie wiedzy HP producent jasno definiuje, co rozumie przez moduł druku dwustronnego - „Moduł druku dwustronnego umożliwia automatyczne drukowanie dwustronne." Drukarki, które wymagają ręcznego odwrócenia zadrukowanej z jednej strony kartki na drugą stronę i ponowne włożenie jej do podajnika dokumentów jasno zostały określone przez samego producent jako nie posiadające modułu druku dwustronnego: „Bez modułu druku dwustronnego można również drukować dokumenty dwustronne stosując metodę ręczna". Podsumowując, zaoferowana drukarka nie posiada modułu druku dwustronnego, przez co nie spełnia wymagań Zamawiającego.

c)pkt. 11.1 Zał. nr 4 do SIWZ - brak posiadania wymaganego rozmiaru przez kamerę IP PZT

Zamawiający w pkt. 11.1 Zał. nr 4 do SIWZ wymagał dostawy kamery IP PTZ posiadającej rozmiar 4”. Zaoferowana przez wykonawcę S. kamera DS- 2SE5220IW-AE firmy Hikvision nie posiada wymienionego rozmiaru. Producent zaoferowanej przez wybranego wykonawcę kamery firma Hikvision już w nazwie urządzenia definiuje parametr rozmiaru kamery (czyli rozmiar 5”L Na stronie 6 oficjalnego katalogu kamer produkcji firmy Hikvision widnieje informacja o regułach kodowania nazw modeli, zgodnie z czym 4 segment w nazwie oznacza rozmiar kamery. Zgodnie z deklaracją producenta zaoferowana kamera posiada parametry: DS-2 DE

52201W – AE; DS 2 - Kamera Hikivision; D - Typ produktu: sieciowa; E - Linia produktowa: podstawowy / niski poziom; 5 - Rozmiar kamery: 5M; 2 - rozdzielczość: 2MP; 2 0 - Zoom optyczny: 20X; ( ) - Puste pole: przyłącza RJ45/BNC; ( ) - Puste pole: PAL; I - IR PTZ; W-AE - Zasilanie: 24V AC i PoE ( ) - Puste pole: wykonanie zewnętrzne ( ) - Dodatki: brak.

Parametr rozmiaru kamery odnoszący się do wielkości kopułki został więc przez Zamawiającego jasno sprecyzowany, zgodnie z ogólnie przyjętym językiem branżowym i w sposób zrozumiały zarówno dla producentów urządzeń, jak i wykonawców, którzy nie zgłaszali pytań w tym zakresie. Ponadto wymóg ten został określony dokładnie a nie jako parametr minimalny, który można przekroczyć.

Konkludując zaoferowana kamera Hikivision DS-2SE5220IW-AE nie spełnia minimalnych parametrów SIWZ w zakresie rozmiaru.

II.Sprzeczność oferty S. z pkt 12.1 Załącznika nr 4 do SIWZ oraz nieuprawniona zmiana treści tej oferty (dot. zbyt niskiej klasy efektywności energetycznej odbiornika TV LCD)

Zamawiający w pkt. 12.1 Zał. nr 4 do SIWZ wymagał dostawy odbiornika TV LCD LED o klasie efektywności energetycznej min. A+.

Wskazany w załączniku nr 4 do SIWZ przez wykonawcę S. telewizor Panasonic TX-49EX620E posiada niższą klasę efektywności energetycznej równą A. przez co nie spełnia wymogów Zamawiającego. Powyższe wynika z karty katalogowej urządzenia. Jest to fakt niekwestionowany przez wybranego wykonawcę. Wyjaśnienia wykonawcy S. z 30.11.2018 (pkt 4 pisma) wskazujące, że doszło do omyłki pisarskiej podczas przepisywania nazwy urządzenie (ponieważ w rzeczywistości miał być to rzekomo Panasonic TX-49ES400E). nie zasługiwały w rzeczywistości na uznanie przez Zamawiającego, że doszło do pomyłki po stronie tego wykonawcy, okoliczności bowiem na to nie wskazują. Zmianie nie uległ przypadkowy znak, co miałoby miejsce przy przepisywania modelu, ale aż 3, nie znajdujące się obok siebie na klawiaturze znaki, z ciągu 10 znaków. Twierdzenie o omyłce nie znajduje również potwierdzenia, gdyż zaoferowany TX-49EX620E jest realnie występującym modelem, jednakże z uwagi na bezsprzeczne nie spełnianie wymagań SIWZ, przyjęto linię sztucznie stworzonej argumentacji. Poprawienie modelu oferowanego odbiornika TV stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty złożonej przez firmę S. Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp „niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz (...) dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści Zamawiający wyjątkowo może dokonać zmiany oferty, jeśli doszło do jednej z trzech okoliczności, wymienionych w art. 87 ust. 2 pkt 1) - 3): wykonawca popełnił oczywistą omyłkę rachunkową (pkt 1), wykonawca popełnił oczywistą omyłkę pisarską (pkt 2), albo popełnił inną (niż wymienione) omyłkę polegającą na

niegodności oferty z SIWZ (pkt 3). Żadna z tych okoliczności do poprawienia omyłki nie zachodziła. Dodania wymaga, że dokonanie wyboru oferty wykonawcy S. nastąpiło w dniu 17.12.2018 r. pomimo że w tej samej dacie Zamawiający dokonał poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp rzekomej „omyłki" (zarówno wybór jak i to poprawienie nastąpiło w piśmie z dnia 17.12.2018 r.). Zgoda tego wykonawcy na poprawienie omyłki w jego ofercie nastąpiła dopiero w dniu 18.12.2018 r. Zamawiający zatem nie był uprawniony do wyboru, póki wykonawca S. nie złożył mu oświadczenia w zakresie zgody na poprawienie omyłki. W razie bowiem niezłożenia tego oświadczenia w terminie 3 dni od wezwania do wyrażenia zgody lub złożenia oświadczenia negatywnego, oferta tego Wykonawcy podlegałaby odrzuceniu zgodnie z pkt 7a) ustawy Pzp. Wskazał na wyrok KIO: sygn. KIO/UZP 890/09 stwierdzając: „Ustawodawca dopuszczając możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty (...) Omyłkę stanowi jedynie błąd widoczny na pierwszy rzut oka, jednakże błędu tego nie można oceniać tak jak omyłki rachunkowej czy pisarskiej, który niezależnie od kontekstu sytuacyjnego jest łatwo dostrzegalny. Za omyłkę z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z (...) może być uznany błąd, który jest co prawda oczywisty, ale w kontekście postanowień SIWZ. Także na wyrok KIO: sygn. KIO 708/16 wskazuje się, że ,,Zakazu zmiany treści oferty nie należy postrzegać jako zakazu zmiany niemal co do każdej zawartej w niej litery, ale - w pewnym uproszczeniu - jako zakaz zmiany tego, co zaoferowano, na coś innego. Podkreślił, że „poprawiony" model odbiornika Panasonic TX-49ES400E. również nie spełnia wymagań SIWZ. gdyż zgodnie z pkt. 12.1 Odbiornik TV LCD LED winien posiadać złącza w typie i ilości minimum: 3 x HDMI, a sam Wykonawca w swoich wyjaśnieniach z 30.11.2018 r. informuje, że „Panasonic TX-49ES400E (...) spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego za wyjątkiem 3 wyjść HDMI". Wykonawca w tych wyjaśnieniach wskazuje, że producent dołącza adapter na te 3 wejścia, ale jest to zupełnie inne rozwiązanie niż to, którego wymagał Zamawiający. Dodatkowo adapter ten nie jest objęty treścią oferty tego wykonawcy i dołączenie go miałoby być uzależnione od dobrej woli producenta. Kolejno - dołożenie dodatkowego adaptera nie jest, wbrew twierdzeniom wykonawcy, realizowane przez producenta, na dowód czego wykonawca dysponuje instrukcją obsługi urządzenia, w której akcesorium typu adapter nie jest wymienione (str. 7 wyposażenie).

III. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy S. z uwagi na przedstawianie nieprawdziwych informacji dot. min. Wyniku oferowanego procesora w teście Passmark (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp).

Wybrany wykonawca w wyjaśnieniach złożonych w piśmie z dnia 30.11.2018 r. w pkt 1) swojego pisma zadeklarował, że oferowany przez niego procesor i7-5500U, wskazany w 10.1 Zał. nr 4 do SIWZ w teście Passmark CPU Mark uzyskuje wynik min. 4000 punktów. Tymczasem, jak wykazano w pkt I lit a) uzasadnienia odwołania, nie jest to prawda. W szczególności z załączonej przez tego wykonawcę do pisma z dnia 30.11.2018
r. korespondencji mailowej wynika jedynie, że procesor ten teoretycznie mógł osiągnąć na termin składania ofert wynik minimalny, ale nie znajduje się w niej potwierdzenie, że taki wynik został osiągnięty. Działanie takie jest próbą wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie interpretacji załączanych do wyjaśnień dokumentów, w celu uzyskania korzyści w postaci uznania przez Zamawiającego, że oferta wykonawcy jest zgodna z SIWZ. Składając oświadczenie wiedzy zawarte w pkt 1) wym. wyjaśnień, wykonawca działał z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co do okoliczności istotnej w zakresie oceny jego oferty, a co najmniej wykazał się w tym zakresie rażącym niedbalstwem.

Tymczasem wyklucza się „wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenia zamówienia"' (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp).

IV. Bezzasadne nieujawnienie informacji zawartych w wykazie dostaw i referencjach wybranego wykonawcy, zastrzeżonych jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niewątpliwym obowiązkiem Zamawiającego było zbadać, czy wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 1 ustawy). Zastrzeżenie takie musi być dokonane już w ofercie. Nie może być ono dokonywane, uzupełniane czy doprecyzowane w drodze dalszych pism wykonawcy. Istotnym dla oceny zastrzeżenia jest jego treść złożona z ofertą, przy czym wykonawca musi udowodnić, że zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Uzasadnienie zawarte w ofercie S., dotyczące zastrzeżonego wykazu dostaw, jest krótkie, lakoniczne i nie wykazuje okoliczności rzeczywiście uzasadniających, że mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca wskazał jedynie, że informacje z wykazie stanowią rzekomo tajemnicę innego podmiotu. Można przypuszczać, że jest to odbiorca pojazdów referencyjnych, mający siedzibę za granicą (wykonawca bowiem był wzywany do uzupełnienia tłumaczeń obcojęzycznych referencji], a jednocześnie deklarował w JEDZ że nie korzysta z potencjału podmiotów. Wykonawca w żaden sposób nie uzasadnia, jaki to jest podmiot, dlaczego i na podstawie jakich przesłanek wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma to być tajemnica tego „innego podmiotu". Wykonawca również nie powołuje się ani nie załącza żadnych umów o zachowaniu w poufności zawartej z tym podmiotem, co by mogło świadczyć o tym, że podmiot ten podjął wymagane działania w celu zachowania

informacji w poufności. Podsumowując, wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (czyli uznk), w szczególności nie wykazał i nie udowodnił, by wszystkie zastrzegane w stanowiły „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" (art. 11 ust. 4 uznk]. Powyższe znajduje szerokie uzasadnienie w orzecznictwie sądowym i Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO sygn. KIO 864/17, wyr. KIO sygn. 457/12, wyrok z 5 marca 2012 r., sygn. 331/122].

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca: S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej (Przystępujący lub wykonawca S.) wnosząc o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem tego zamówienia jest „Dostawa 6 samochodów dowodzenia i łączności (kompanijne stanowisko dowodzenia). Minimalne wymagania techniczno-użytkowe dla samochodu dowodzenia i łączności (kompanijne stanowisko dowodzenia) - Opis przedmiotu zamówienia - zostały przez Zamawiającego określone w załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Te minimalne wymagania dotyczą nie tylko *stricte* samego pojazdu (I. Warunki Ogólne pojazdu; II. PODWOZIE Z KABINĄ; III. ZABUDOWA KONTENEROWA), ale także wyposażenia r wskazanego w dalszej kolejności w pkt X (URZĄDZENIA KOMPUTEROWE, DRUKARKA), pkt XI (KAMERY IP) i pk (INNE WYPOSAŻENIE: 12.1 Odbiornik TV LCD LED), którego dotyczą podnoszone w odwołaniu zarzuty w zakresie: p 10.1, pkt 10.3, pkt 11.1. i pkt 12.1.

Rozstrzygając zatem o zarzutach dotyczących podstaw odrzucenia oferty wykonawcy S., Izba miała na uwadze przede wszystkim postanowienia specyfikacji i ich literalne brzmienie, a także interpretację tych wymagań przedstawionych w odwołaniu w kontekście treści oferty Przystępującego i złożonych przez niego wyjaśnień. Podkreślić należy, że postanowienia specyfikacji na etapie oceny ofert nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, nawet gdyby taka interpretacja z punktu widzenia zamawiającego była korzystniejsza dla jakości i walorów użytkowych zamówienia, przykładowo przedmiotu dostawy (urządzenia). Kluczowym kryterium mogłoby być tylko ustalenie, czy wykładnia postanowienia nie zmierza w konsekwencji do uzyskania niemożliwego świadczenia (zamówienia) – jego przedmiotu, który realnie przy takiej interpretacji wymagań nie jest dostępny na rynku, a to z kolei mogłoby uzasadniać wniosek, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą prowadzącą do unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia.

Według pkt 10.1. (tiret 3) załącznika nr 4 Zamawiający wymagał aby (pkt X. Urządzenia komputerowe, Drukarka) procesor w wersji mobilnej, uzyskiwał (...) *w teście Passmark CPU Mark wynik minimum 4000 punktów. Taki wynik zaproponowanego procesora musi znajdować się na stronie http://www.cpubenchmark.net. W przypadku użycia przez Wykonawcę innych testów wydajności Zamawiający zastrzega sobie, iż w celu sprawdzenia poprawności przeprowadzenia testów oferent musi dostarczyć zamawiającemu oprogramowanie testujące, oba równoważne porównywalne zestawy oraz dokładny opis użytych testów wraz z wynikami w celu ich sprawdzenia w terminie nie dłuższym niż 3 dni od otrzymania zawiadomienia od Zamawiającego*)".

Zamawiający w tym postanowieniu nie wskazał w jakiej dacie procesor miałby wskazywać wymagany wynik minimum 4000 pkt. Nie odniósł także tego wymagania do średniego wyniku CPU (procesora) na który to wynik wskazywał w odwołaniu i na rozprawie Odwołujący. W tym przypadku argumentacja Odwołującego została odniesiona do opisu wymagania w innym postępowaniu (nr sprawy WL.2370.32.2018) prowadzonym przez innego zamawiającego – Komendę Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Lublinie – zgodnie z którym zamawiający wyznaczył precyzyjnie moment czasowy, w którym następowało określenie wyników testu Passmark CPU Mark, a mianowicie na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE. Odwołujący z tego powodu, z uwagi na brak takiego zastrzeżenia w tym postępowaniu, wskazał na wynik średniej oceny procesora i liczbę punktów 3.971. Załączył jednocześnie dla wskazywanego procesora inne wyniki od 12 do 13 listopada 2018 r. przekraczające 4000 punktów. Dotyczy to 5 zestawów porównawczych dla procesora Intel Core i7-5500U. Na wyniki 4005 punktów dla zaoferowanego procesora i7-5500U Przystępujący wykonawca powołał się w wyjaśnieniach z 30.11.2018 r. (złożonych w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści oferty z dn. 21.11.2018 r.), podając, że (…) *w dniu składania ofert oferowany procesor w testach Passmark CPU Mark uzyskał wynik 4005 pkt*. Na potwierdzenie tej deklaracji do wyjaśnień załączono oświadczenie firmy ITS Solutions Sp. z o. o. oraz korespondencję mailową przedstawiciela firmy Pass Mark Software.

Izba reasumując stwierdza, że argumentacja Odwołującego, aby: „*Wynik minimalny powinien być spełniony na dzień składania ofert oraz w toku całego Postępowania* (…) nie znajduje oparcia w postanowieniach specyfikacji. Tym samym zarówno zarzut zaniechania odrzucenia tej oferty na wskazanej podstawie prawnej w związku z wymaganiem

pkt 10.1 nie zasadny, a tym samym także podlega oddaleniu zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp. Złożone wyjaśnienia w piśmie z dnia 30.11.2018 r. nie są sprzeczne ze stanem faktycznym sprawy, albowiem Odwołujący – jak już wskazano - wynik testu dla oferowanego procesora – liczbę 3971 pkt - odniósł do uśrednionych wyników, a taka metoda prezentacji nie została opisana w wymaganiu.

Zarzut dotyczący wymagania z punktu 10.3 załącznika nr 4 także nie zasługuje na uwzględnienie. W tym przypadku Zamawiający postawił wymóg: „moduł druku dwustronnego", bez wymagania, aby *„Drukarka z funkcją skanera, kopiarki (działająca bez włączonego komputera)* (…) posiadała możliwość automatycznego druku dwustronnego. Tym samym zaproponowane przez Przystępującego urządzenie HP Color LaserJet Pro MFP (…) posiadające moduł druku dwustronnego, w tym przypadku ręczny - spełnia wymaganie tego punktu. Odwołujący argumentację odniósł do definicji z bazy wiedzy HP, jednakże taka wytyczna dla interpretacji tego wymagania nie została zamieszczona specyfikacji. Ponadto argumentacja i dowód dotyczy drukarki, a nie takiego urządzenia jak opisano powyżej. W opisie wskazywanej w odwołaniu definicji brak informacji o funkcjach wymaganych punktem 10.3. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że także producent HP opisując konfigurację drukowania dokumentów dwustronnych posługuje się pojęciem: „Moduł automatycznego druku dwustronnego”, a takiego opisu nie zawarto w punkcie 10.3. Niewątpliwie automatyczny wydruk dwustronny jest aktualnie rozwiązaniem bardziej popularnym i oczekiwanym przez odbiorców jednakże w dalszym ciągu producenci w ofercie oddają do dyspozycji drukarki pozwalające na druk dwustronny z zastosowaniem metody ręcznej. Tym samym w tym przypadku – aby wymagać automatycznego wydruku dwustronnego - opis wymagania powinien być jednoznacznie sprecyzowany, przykładowo (tak jak podaje przykładowo w opisie HP): „moduł automatycznego druku dwustronnego”.

W przypadku zarzutu dotyczącego wymagania z punktu 11.1 (rozmiar kamery) Izba zwraca uwagę, że Zamawiający wymagania w tym punkcie określił jako minimalne, także co do rozmiaru kamery; „4”. Zatem parametr rozmiaru kamery odnoszący się do wielkości kopułki został w ten sposób sprecyzowany, że to wymaganie nie może być rozumiane jako określone dokładnie a tylko jako parametr minimalny, który może być przekroczony. Tym samym oferowana przez Przystępującego kamera z możliwością jej osadzenia w dedykowanej kopule (obudowie) o wymiarze 5" spełnia wymagania specyfikacji.

W przypadku zarzutu dotyczącego wymagania z punktu 12.1 (odbiornik LCD LED) Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w stanie faktycznym sprawy mamy do czynienia z inną omyłką w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp podlegającą poprawieniu. W myśl tego przepisu zamawiający jest uprawniony poprawić: „3) *inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona*”.

Zamawiający we wskazanym punkcie 12.1. wymagał dostawy odbiornika TV LCD LED o klasie efektywności energetycznej min. A+, a wskazany pierwotnie przez wykonawcę S. telewizor Panasonic TX-49EX620E posiadał niższą klasę efektywności energetycznej równą A. Zdaniem Izby wyjaśnienia wykonawcy S. z 30.11.2018 (pkt 4 pisma) wskazują, że doszło do omyłki pisarskiej podczas przepisywania (kopiowania) nazwy urządzenia z katalogów i w rzeczywistości urządzenie oferowane to może być Panasonic TX-49ES400E. W tym przypadku Izba miała na uwadze, że sporny odbiornik TV LCD LED jest innym wyposażeniem, który ma być zainstalowany w pojeździe, stanowiący istotnie znacząco niewielki element całości przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia – kluczowy - to dostawa 6 samochodów dowodzenia i łączności. Wartość tego zamówienia stanowi kwotę powyżej 9 mln 300 tys. zł (wg ceny oferty Przystępującego). Telewizor (urządzenie o wartości ca’1000 zł) stanowi dodatkowe wyposażenie pojazdu i ta pozycja wkalkulowana jest w cenę ogólną – nie jest specyfikowana odrębnie (podobnie jak omówione wcześniej drukarki). Jak wyjaśniał i podkreślał na rozprawie Zamawiający oraz Przystępujący, powyższa omyłka była skutkiem wadliwego kopiowania modelu urządzenia, a nie zamiaru (czy braku chęci) - zaoferowania odbiornika TV LCD LED o klasie efektywności energetycznej min. A+. W stanie faktycznym tej sprawy, błąd ten, w ocenie Izby, nie mógł stanowić podstawy do odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający w tym przypadku mógł zastosować procedurę wyjaśnienia z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i w związku z uzyskanymi wyjaśnieniami poprawić ofertę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp W tym przypadku nie dochodziło bowiem do niedozwolonej zmiany treści oferty w rozumieniu ustawy Pzp mającej wpływ na wynik tego postępowania. Konsekwencją poprawienia tej omyłki było zaakceptowanie przez Zamawiającego rozwiązania na które pozwalała specyfikacja w zał. nr 4 w punkcie 12.1. W tym przypadku w miejsce 3 wyjść HDMI (na ich brak wskazał w wyjaśnieniach Przystępujący z 30.11.2018 r. (…) Prawidłowy model oferowanego urządzenia to Panasonic TX-49ES400E, który spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego za wyjątkiem 3 wyjść HDMI (…) możliwe było zastosowanie przyjętego przez producenta telewizora rozwiązania polegającego na dostarczeniu przez producenta razem z telewizorem adapter na 3 wyjścia HDMI. Zgodnie z postanowieniem: „W przypadku braku odpowiedniej ilości gniazd HDMI w TV należy zastosować inteligentny HUB HDMI (z automatycznym wybieraniem źródła video i możliwością przełączania ręcznego) parametry zastosowanego HUB' a mają być dostosowane do możliwości telewizora”.

Odnośnie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy S. w dniu 17 grudnia 2018 r. w sytuacji gdy poprawienie omyłki w tej ofercie nastąpiło w dniu 18.12.2018 r. Izba zwraca uwagę, że w tym zawiadomieniu informując o wyborze tej oferty Zamawiający zaznaczył w pkt 4 pisma, że: (…) *dokonuje poprawy treści oferty w zakresie dotyczącym spełnienia warunku wskazanego pkt 121 OPZ — telewizor LCD, LED poprzez wpisanie do oferty modelu telewizora TX-49ES400E z dołączonym adapterem na 3 wyjścia HDMI. Zamawiający poprawia ten element oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. Niewyrażenie zgody na dokonanie powyższej poprawy skutkować będzie odrzuceniem oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp*." Z kolei w jego punkcie 6 zaznaczył, że (…) *zawrze umowę z wyłonionym wykonawcą z uwzględnieniem art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp oraz zgodnie z art. 94 ust 1 pkt 1 p,z.p tj. w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty*". Tym samym nie złożenie stosownego oświadczenia w zakresie zgody na poprawienie omyłki powodowałoby jak zastrzegał Zamawiający odrzucenie takiej oferty, a tym samym unieważnienie czynności wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odnośnie zarzutu bezzasadnego nieujawnienie informacji zawartych w Wykazie dostaw i referencjach wybranego wykonawcy, zastrzeżonych jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba stwierdza, że ten zarzut został zgłoszony po terminie. Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że Wykaz dostaw jak i dokumenty referencyjne miały być złożone w ofercie. Termin składania ofert upłynął w dniu 14 listopada 2018 r. Przystępujący w JEDZ zaznaczył (str 12), że Wykaz zrealizowanych dostaw zamieszczony w załączniku nr 1 do JEDZ stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W formularzu oferty w jego punkcie 8 ppkt 3 wskazał na wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa i takie wyjaśnienia zamieścił na stronie 55 oferty (pismo z dnia 13/11/2018). Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że termin w przypadku tego zarzutu należy obliczać od daty odmowy udostępnienia zastrzeżonych dokumentów. Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu, takich jak zaniechanie udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa (i jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) - odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Na powyższe wskazuje przede wszystkim Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 28 lutego 2013 r. III CZP 107/2012, które m.in. stwierdził, że w odniesieniu do kwestionowanej czynności, braku uchylenia zakazu ujawnienia informacji, niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa ustawa Pzp nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie (i/lub we wniosku) takich informacji. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 tej ustawy, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym każdy wykonawca, zgodnie z ustawy Pzp, zachowując należytą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu w danej ofercie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i stanowisko zamawiającego odmawiające ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie, w tym przypadku oferty. W niniejszym stanie faktycznym, wykonawcy mogli powziąć informację o okolicznościach, stanowiących podstawę wniesienia odwołania w dniu 14 listopada 2018 r., albowiem w tym dniu, z upływem terminu wyznaczonego na otwarcie i złożenie ofert, mogli zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie ofert innych wykonawców i w ten sposób zweryfikować poprawność czynności związanej z zastrzeżeniem informacji przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba podkreśla, że w przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp liczy się - przy zachowaniu należytej staranności - od daty możliwości powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko jej podjęcia przez wykonawcę. Dodatkowo Izba zwraca uwagę, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o podmiocie, na rzecz którego były świadczone dostawy (Wykazu dostaw), konsekwentnie powoduje zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa również treści referencji złożonych przez ten podmiot. W przeciwnym wypadku zastrzeżenie co do dostaw byłoby bezskuteczne, gdyby ujawniona została pochodząca od niego referencja (z jego danymi). Na marginesie Izba zwraca uwagę, że także w wyjaśnieniach z 30 listopada 2018 r. Przystępujący dodatkowo odnosił się do zastrzeżonych referencji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wobec dokonanych ustaleń faktycznych i prawnych zarzut ten Izba pozostawiła bez rozpoznania

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy 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. z 2018 r. poz. 972).

……..