

WYROK
z dnia 11 grudnia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Paweł Trojan

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2017 roku przez wykonawcę **Shadok AV P. Spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Skarb Państwa, Kancelaria Sejmu, Biuro Inwestycyjno – Techniczne Wydział Zamówień Publicznych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Perfect Displays Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Shadok AV P. Spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

2

UZASADNIENIE

24 listopada 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. 2017, poz. 1579 ze zm., zwanej dalej „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **Shadok AV P. Spółka komandytowa z siedzibą w Zabrzu** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa urządzeń systemu konferencyjnego dla sal posiedzeń komisji sejmowych” prowadzi Zamawiający: **Kancelaria Sejmu, Biuro Inwestycyjno – Techniczne Wydział Zamówień Publicznych w Warszawie**. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 141-289517 w dniu 26 lipca 2017 r.

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniedbań Zamawiającego, polegających

na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Perfect Displays Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Perfect Displays” lub „Przystępujący”),
- zaniechanie dokonania odrzucenia oferty wykonawców: Perfect Displays Sp. z o.o. oraz RGBS Systemy Audiowizualne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „RGBS”),
- zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp:

1. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia części oferty Wykonawcy Perfect Displays - kart katalogowych, pomimo, iż zastrzeżenie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie było zasadne;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania odrzucenia ofert Wykonawców: Perfect Displays oraz RGBS;

art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez 3. ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji przejawiające zaniechaniem odtajnienia kart katalogowych złożonych przez wykonawcę Perfect Displays oraz zaniechaniem odrzucenia ofert wykonawców: Perfect Displays oraz RGBS;

4. oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

3

-
- odtajnienie części oferty Wykonawcy Perfect Displays, tj. kart katalogowych,
 - dokonanie ponownego badania i oceny ofert Wykonawców: Perfect Displays oraz RGBS,

- odrzucenie ofert Wykonawców: Perfect Displays oraz RGBS, •

dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie publiczne.

Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej w dniu 14 listopada 2017 r., kiedy to Zamawiający za pomocą faksu przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołanie zostało wniesione w dniu 24 listopada 2017 r., a zatem Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 ustawy Pzp co do 10 - dniowego terminu, w jakim przysługiwało mu takie prawo. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu odwołania podano, że w dniu 14 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że: „oferta złożona przez Perfect Displays Sp. z o.o. została oceniona jako najkorzystniejsza. Wybrana oferta spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz ustawie Prawo zamówień publicznych. Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Oferta otrzymała łącznie 100 pkt (...)”

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż oferta wybrana spełnia wymagania określone w SIWZ i w ustawie Prawo zamówień publicznych. W dniu 15 listopada 2017 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie kopii protokołu wraz z załącznikami w postępowaniu poprzez ich przesłanie na wskazany adres mailowy. W dniu 17 listopada 2017 r. Zamawiający przesłał dokumenty w postaci:

- 1) protokołu postępowania,
- 2) pisma do: SHADOK AV i RGBS z dnia 24.10.2017 r.
- 3) odpowiedź RGBS z dnia 26.10.2017 r.
- 4) Pismo Perfect Displays z dnia 28.10.2017 r. - przedłużenie terminu związania ofertą.

W tym samym dniu, w rozmowie telefonicznej, poinformowano Odwołującego, iż dokumenty dotyczące Wykonawcy Perfect Displays zostały zastrzeżone jako tajemnica

dokumentów, o których mowa w Rozdziale VI pkt 3 SIWZ, złożonych przez Przystępującego oraz przesłanie uzasadnienia zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wskazanie daty dokonania tej czynności przez Wykonawcę. Dodatkowo Odwołujący prosił o wskazanie czy Zamawiający wzywał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ewentualnie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższe przesłał wezwanie kierowane do Wykonawcy Perfect Displays oraz złożone na wezwanie dokumenty. Z treści pisma przewodniego wynika, iż Wykonawca utajnił karty katalogowe. W ocenie Odwołującego Wykonawca nie był uprawniony do dokonania zastrzeżenia jako tajemnicę przedsiębiorstwa kart katalogowych, zaś Zamawiający poprzez takie działanie oraz zaniechanie naruszył przepisy ustawy wskazane na wstępie odwołania.

Ad. naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie dokumentów, o których mowa w Rozdziale VI pkt 3 pkt 10 SIWZ, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezpodstawne. Objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją, przy czym musi posiadać wartość gospodarczą,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto, w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W zakresie warunku pierwszego przyjmuje się, że informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne muszą mieć wartość gospodarczą dla danego wykonawcy. Co do nieujawnienia do wiadomości publicznej określonych danych, przyjmuje się, że informacja "nieujawniona do wiadomości publicznej", to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy dany przedsiębiorca może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. W szczególności wyłączona jest możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, którą można uzyskać w zwykłej drodze.

Tymczasem zastrzeżona część oferty Perfect Displays dotyczy dokumentów wskazanych w Rozdziale VI pkt 3 SIWZ, takich jak: karty katalogowe oferowanych urządzeń. Powyższe dokumenty są na tyle powszechne i ogólnie dostępne, iż nie sposób przyjąć, by ich udostępnienie przez Zamawiającego mogło naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy Perfect Displays w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji. Dokumenty te oraz oświadczenia, nie posiadają charakteru handlowego czy organizacyjnego, a więc nie mają wartości gospodarczej. Karty katalogowe są znane innym przedsiębiorcom poruszającym się na rynku usług czy dostaw jak Wykonawca Perfect Displays. Ujawnienie kart katalogowych nie spowodowałoby żadnych negatywnych konsekwencji w obrocie gospodarczym Wykonawcy z wyjątkiem ewentualnego odrzucenia oferty tego Wykonawcy z postępowania.

Ponadto zastrzeżenie kart katalogowych dopiero w chwili ich złożenia po wezwaniu Zamawiającego, jest działaniem spóźnionym. Z treści przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż wykonawca może zastrzec część oferty jak tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże nie później niż w terminie składania ofert. W tym świetle działanie Wykonawcy jest spóźnione, bowiem z żadnej części jego oferty nie wynika, iż zastrzegł część dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, utrzymywanie tego zastrzeżenia przez Zamawiającego jest wątpliwe także ze względu na zaniechanie procedury wyjaśnienia skuteczności takiego zastrzeżenia, jak również oświadczenia Zamawiającego złożonego w trakcie rozprawy oraz wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt 2006/17, iż „Odwołujący nie zapoznał się z całością dokumentów przesłanych przez Perfect

Displays". Odwołujący wyjaśnił, iż pomiędzy stronami toczył się spór, m. in. w zakresie niezgodności oferty Perfect Displays z wymaganiami Zamawiającego - sygn. akt KIO 2006/17. W postępowaniu tym Izba nie rozpatrywała jednak sformułowanych przez Odwołującego zarzutów, uznając je za przedwczesne. Podkreślenia jednak wymaga, Zamawiający jak i Wykonawca Perfect Displays powzięli informacje o tych zarzutach już w dniu 25 września 2017 r. i następnie Wykonawca utajnił dokumenty mogące wykazać zasadność zarzutów.

Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15, która w podobnym stanie faktycznym wskazała, że nie jest możliwe zastrzeżenie takich informacji.

Odwołujący zaznaczył, że wyjaśnienia Wykonawcy Perfect Displays co do zastrzeżenia były ogółe i lakoniczne. Wykonawca nie wykazał zasadności zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a w szczególności nie złożył dowodów, które uprawniałyby go do dokonania takiej czynności. Bezcelowe jest utajnienie kart katalogowych dla oferowanych urządzeń, których symbole podano w treści oferty, co z kolei umożliwia dostęp do kart katalogowych oferowanych urządzeń. Karty katalogowe to niejako folder reklamowy. Dla standardowych urządzeń, a takimi są urządzenia oferowane w postępowaniu, karty te są dostępne dla każdego przedmiotowym ogólnie zainteresowanego. Gdyby zamówienie wymagało „stworzenia” urządzeń czy systemu dedykowanego na poczet konkretnego postępowania, to utajnienie „nowopowstałych”, dedykowanych kart katalogowych mogło by uzasadniać tego typu działanie.

6

W przedmiotowym postępowaniu nie mamy jednak do czynienia z zamówieniem „na miarę”. Tym bardziej dziwi zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa kart katalogowych i oświadczeń producenta sprzętu, gdyż na rozprawie o sygn. akt 2006/17 dokumenty te były przedstawiane przez Wykonawcę Perfect Displays na okoliczność, iż jego oferta jest zgodna z treścią specyfikacji. Skoro w czasie rozprawy nie korzystały one z dobrodziejstwa tajemnicy przedsiębiorstwa, to w dalszym ciągu nie mogą zachować tego przywileju. Zastrzeżenie kart katalogowych dokonane przez Perfect Displays dowodzi, iż oferuje on rozwiązania, które nie są zgodne z wymaganiami SIWZ, a utajnienie tych dokumentów uniemożliwić ma innym Wykonawcom możliwość weryfikacji oferty. Należy wskazać, że: *„Jawność postępowania jest naczelną zasadą systemu zamówień publicznych, nie można zatem podchodzić bezkrytycznie do istniejącej na rynku praktyki nadużywania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom możliwości skontrolowania oceny ofert dokonanej przez zamawiającego”* (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 91/15).

Na gruncie doktryny i orzecznictwa oraz rynku zamówień publicznych, nie znajduje uzasadnienia dla skutecznego utajnienia kart katalogowych oferowanego, standardowego sprzętu.

Ad. naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Zamawiający zaniechał dokonania odrzucenia ofert wykonawców Perfect Displays oraz RGBS. W ocenie Odwołującego oferty złożone przez tych wykonawców winny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferty tych wykonawców nie spełniają wymagań w zakresie oferowanego urządzenia, o którym mowa w pkt nr 1, strona nr 21 siwz - Szczegółowy opis parametrów technicznych poszczególnych urządzeń - tj. Pulpit przewodniczącego z ekranem dotykowym - Funkcje podstawowe - dwa stereofoniczne gniazda słuchawkowe typu Jack 3,5 mm.

W wyroku KIO z dnia 13 września 2016 r., sygn. akt KIO 1608/16 wskazano, że „(...) niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz

w ofercie; tudzież może na zobowiązania oferowanego polegać sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi o opisania i tu potwierdzenia o wymagania SIWZ

dotyczące sposobu wyrażenia, zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi,

Wykonawca Perfect Displays oraz Wykonawca RGBS w złożonych ofertach, wskazał w pozycji 1 formularza „SPECYFIKACJA TECHNICZNA URZĄDZEŃ” Pulpit multimedialny z czytnikiem NFC, BOSCH DCNM- MMD2. Pulpit ten nie spełnia parametrów SIWZ, gdyż nie zawiera dwóch stereofonicznych gniazd słuchawkowych typu Jack 3,5 mm. Zgodnie z kartą katalogową producenta, urządzenie Pulpit multimedialny z czytnikiem NFC BOSCH DCNM-MMD2 posiada jedno stereofoniczne gniazdo słuchawkowe typu jack 3,5 mm. Na marginesie Odwołujący zaznaczył, że w sprawie o sygnaturze KIO 2006/17, wskazywał właśnie na powyższą niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (Izba uznała zarzuty za przedwczesne). W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż: *„oferowane urządzenie spełnia parametry opisane w pkt 1 str. 21 SIWZ - Szczegółowy opis parametrów technicznych — Pulpit przewodniczącego z ekranem dotykowym - Funkcje podstawowe ~ dwa gniazda słuchawkowe. Wymogi SIWZ zostaną spełnione ponieważ w ofercie Perfect Displays Sp. z o. o. zastosowano modyfikację z użyciem rozdzielacza gniazda słuchawkowego na dwa gniazda słuchawkowe, co jest w pełni akceptowane przez Zamawiającego”*.

Tymczasem, co Odwołujący stanowczo podkreślał, z żadnej części SIWZ nie wynika, iż Zamawiający dopuszcza inne rozwiązanie dla Pulpitu przewodniczącego niż dwa stereofoniczne gniazda słuchawkowe typu jack 3,5 mm. Co więcej, zgodnie z postanowieniami Rozdziału III pkt 6 SIWZ - Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych. Natomiast z treści oferty Wykonawcy Perfect Display nie wynika, iż Wykonawca zastosował modyfikację z użyciem rozdzielacza gniazda słuchawkowego na dwa gniazda słuchawkowe.

Wykonawca Perfect Displays na rozprawie o sygnaturze KIO 2006/17, złożył oświadczenie producenta Bosch, z treści którego wynika, że: *„pulpit multimedialny DICENTIS typ DCNM-MMD2 (...) w celu zapewnienia wymaganej funkcjonalności dwóch stereofonicznych gniazd słuchawkowych typu jack 3,5 mm, wyposażony zostanie w adapter kablowy zapewniający taką funkcjonalność. W załączeniu przedstawiamy kartę informacyjną adaptera kablowego audio stereo z regulacją głośności marki Manhattan (Part No. 352697)”*.

Odwołujący wskazał, iż „kabel ze splitterem sygnału” (adapter kablowego audio stereo z regulacją głośności marki Manhattan (Part No. 352697) jest przejściówką do rozdzielania sygnału audio zmieniającą parametry techniczne zaoferowanego Pulpitu z ekranem dotykowym z jednego gniazda jack stereo do dwóch. Co więcej, Wykonawca Perfect Displays wpisując w tabeli oferowanego urządzenia, okablowanie do obsługi systemu, powinien także wskazać (co jest tożsame z zaoferowaniem) kabel ze splitterem sygnału. W związku z tym, że tego nie uczynił, kabel ze splitterem sygnału nie został przez Wykonawcę zaoferowany, a parametry zaoferowanego Pulpitu z ekranem dotykowym

(z jednym gniazdem stereo jack) są niezgodne z wymaganiami w SIWZ. Złożone na rozprawie oświadczenie producenta Bosch wskazuje, iż w celu spełnienia dodatkowej funkcjonalności pulpitu multimedialny, wyposażony zostanie w adapter kablowy zapewniający taką funkcjonalność. Oznacza to tyle, iż na dzień składania ofert, pulpit multimedialny nie posiadał i nie zapewniał funkcjonalności dwóch stereofonicznych gniazd słuchawkowych typu jak 3,5 mm. To producent, a nie Wykonawca złożył oświadczenie o dodatkowym wyposażeniu pulpitu. Ponadto oświadczenie to dotyczy stanu przyszłego i niepewnego, bowiem z jego treści nie wynika na jakim etapie pulpit zostanie wyposażony w dodatkowe funkcjonalności.

Ponadto z treści pisma Bosch nie wynikało, iż daje on gwarancję należytego działania Pulpitu z przejściówką. Oferowany w tym zakresie przedmiot zamówienia nie spełnia zatem wymagań określonych przez Zamawiającego.

Oferowanie powyższego kabla ze splitterem obrazu, dopiero na etapie wyjaśnień, uzupełnień (samodzielnych, gdyż Perfect Displays nie był wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty czy uzupełnienia dokumentów), wykracza poza pierwotny zakres oferowanych urządzeń i prowadzi do zmiany treści oferty. Tego typu działanie oraz jego tolerowanie przez Zamawiającego, na gruncie ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Powyższe

twierdzenie uzasadnione jest także w orzecznictwie (tak w wyroku KIO z dnia 7 sierpnia 2013.r., sygn. akt KIO 1792/13).

Ponadto zauważyć należy, iż w trakcie postępowania Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, niesłusznie twierdząc, iż zaoferował niewystarczającą ilość licencji (odwołanie zostało uwzględnione przez KIO, a Odwołujący przywrócony do postępowania), opierając swe twierdzenia jedynie na przypuszczeniach. Nigdzie bowiem w treści SIWZ Zamawiający nie wskazał ilość wymaganych sztuk licencji. Tymczasem w odniesieniu do Wykonawcy Perfect Displays czy RGBS Zamawiający nie zauważył ewidentnych błędów w ofertach tych Wykonawców.

Podobnie Wykonawca RGBS w złożonej ofercie, zaoferował Pulpit, który nie spełnia parametrów SIWZ, gdyż nie zawiera dwóch stereofonicznych gniazd słuchawkowych typu jack 3,5 mm. Wykonawca RGBS dopiero po wezwaniu Zamawiającego zaoferował adapter kablowy do rozdzielacza sygnału słuchawkowego na 2 pary słuchawek (3,5 mm Jack Stereo x2). Wskazanie na dodatkowy element, powoduje zmianę parametrów wcześniej zaoferowanego, niezgodnego z zapisami w SIWZ urządzenia BOSCH DCNM-MMD2.

O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, świadczy także fakt, iż Wykonawca Perfect Displays oraz Wykonawca RGBS nie zaoferowali systemów operacyjnych dla oferowanych serwerów.

Wykonawca Perfect Displays w dołączonej do oferty SPECYFIKACJI TECHNICZNEJ URZĄDZEŃ, pkt nr 6, zaoferował serwer o nazwie Fujitsu Primergy RX1330 M2. Wykonawca

9

RGBS zaoferował natomiast serwer o nazwie Dell PowerEdge R230. Z informacji, które Odwołujący posiada od dostawców wyżej wymienionych serwerów tj. firm Fujitsu oraz Dell, jasno wynika, że oferowane przez te firmy serwery są sprzedawane standardowo bez wymaganego w SIWZ oprogramowania systemowego Microsoft Windows. Oprogramowanie to jest opcją osobno płatną.

Z treści odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygnaturze KIO 2006/17 wynika, iż: „zaoferowany serwer Fujitsu Primergy RX 1330 M2 zostanie dostarczony z systemem operacyjnym Microsoft Windows Server 2012 R3 64 – bit”.

Wykonawcy byli zobowiązani do zaoferowania, i co jest z tym związane, wpisania w dołączonym do oferty załączniku SPECYFIKACJA TECHNICZNA URZĄDZEŃ w punkcie 6 wymaganego w SIWZ oprogramowania Microsoft Windows. W związku z powyższym obie oferty nie spełniają wymagań minimalnych opisanych w Szczegółowym opisie parametrów technicznych poszczególnych urządzeń, opis pozycji 6 Jednostka Centralna Systemu (wraz z niezbędnym sprzętem komputerowym do zarządzania systemem konferencyjnym, uruchomionym na danej jednostce). Z tego względu treść ofert powyższych wykonawców nie odpowiadają treści specyfikacji i oferty te winny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaniechanie odrzucenia tych ofert wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Gdyby działania Zamawiającego były prawidłowe Odwołujący mógłby uzyskać, a następnie realizować przedmiotowe zamówienia.

Ad. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PZP

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający, zdaniem Odwołującego, dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający - poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów - dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie przedstawioną argumentację, Odwołujący wywodził, że wniesienie odwołania stało się konieczne i zasadne.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, dokumentację postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2006/17, jak również oświadczenia, dokumenty i stanowiska Stron i Uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy jako wniesionego z uchybieniem terminu na jego wniesienie, ponieważ Wykonawca przy dochowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania już w dacie 20 września 2017 roku oraz na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, który nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia i nie poniósł szkody, ponieważ nie przedłużył terminu związania ofertą.

Izba oddaliła na posiedzeniu wnioski Zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu wniesienia go po terminie i przez podmiot nieuprawniony uznając, iż przesłanka posiadania interesu jest materialno-prawną okolicznością badaną merytorycznie na rozprawie. Stwierdzenie braku interesu po stronie Odwołującego skutkować może co najwyżej oddaleniem odwołania bez jego merytorycznego rozpoznania, nie może być zaś podstawą odrzucenia środka ochrony prawnej. Co do tajemnicy przedsiębiorstwa uznano, że dopiero od momentu ogłoszenia przez Zamawiającego wyniku postępowania i przekazania Odwołującemu części jawnej oferty można ostatecznie stwierdzić, że Zamawiający zbadał prawidłowość zastrzeżenia i uznał tę czynność za skutecznie dokonaną przez Przystępującego.

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca **Perfect Displays Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**. Izba uznała przystąpienie za skuteczne. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania z uwagi na brak po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia bowiem Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą.

Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie uznała, iż Odwołujący wykazał przesłanki wynikające z art. 179 ustawy Pzp warunkujące możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej, to jest wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody.

Nie ulega wątpliwości, że między Zamawiającym a Odwołującym istnieje spór w przedmiocie rzeczywistej daty przekazania przez Odwołującego oświadczenia woli, z którego wynika zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą. Według oświadczenia

11

Odwołującego, które poparte zostało wydrukiem z korespondencji mailowej z konta pocztowego pracownika Odwołującego wynika, że oświadczenie zostało przekazane Zamawiającemu w dniu 14 listopada 2017 roku o godz. 16.02. Zgodnie natomiast z oświadczeniem strony Zamawiającej wszelką korespondencję w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą otrzymał on w dniu 15 listopada

2017 roku w godzinach 15.56, 16.00, 16.02. Na dowód czego przedstawiono wydruki z konta pocztowego skrzynki mailowej Zamawiającego oraz zrzuty z ekranu przedmiotowej skrzynki. Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy Izba uznała, że żadne z tych stanowisk nie miało charakteru przesądzającego na korzyść którejkolwiek ze Stron. Wszystkie przedstawione materiały były wiarygodne i bez zbadania przebiegu procesu wysyłki wiadomości za pomocą dostępu do serwerów pocztowych obu stron potwierdzenie prawidłowej daty złożenia oświadczenia przez Odwołującego nie było możliwe. Tym niemniej Izba uznała, że przeprowadzenie takiego dowodu nie było konieczne, ponieważ nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający odebrał wiadomość Odwołującego w dniu 15 listopada 2017 roku, to powyższa okoliczność nie miała wpływu na wykazanie przesłanek z art. 179 ustawy Pzp umożliwiających wniesienie odwołania. Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie podzieliła w tym zakresie argumentację Odwołującego przedstawioną w piśmie procesowym z 6 grudnia 2017 roku. Zgodnie z najnowszym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako „TSUE”) ¹ wszystkie warunki i wymogi postępowania w sposób jasny i precyzyjny muszą wynikać z ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ i muszą być w jednakowy sposób odnoszone do poszczególnych wykonawców. Jeżeli więc pewien obowiązek nie wynikał wprost z SIWZ lub przepisu ustawy, nie jest możliwe wyeliminowanie

z postępowania wykonawcy, który nie dopełnił tego obowiązku. W ustawie Pzp brak jest przepisu, który nakazywałby wprost obowiązek samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp wynika, że odrzucenie oferty następuje, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepisu tego, jako regulacji o charakterze sanacyjnym nie można interpretować przy użyciu wykładni celowościowej w sposób rozszerzający. Gdyby wolą ustawodawcy było, aby podstawa odrzucenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia ważności oferty, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 87 ust. 1 pkt 7a nie zastosowałby odnośnika do wyrażenia „nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą”, ale określenia typu „nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą”, „nie przedłużyli okresu związania ofertą” i tym podobne. Ustawodawca

¹ postanowienie z dnia 13 lipca 2017 roku w sprawie o sygn. C-35/17 Saferoad Grawil Sp. z o.o. i Saferoad Kabex Sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu

12

użył natomiast wyraźnego określenia „nie wyraził zgody” odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 Pzp. Co istotne przepis ten nie różni się zasadniczo w swojej treści od uchylonego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Posługuje się tą samą konstrukcją gramatyczną referującą do braku zgody na przedłużenie okresu/terminu związania ofertą. Różnica wprowadzona nowelizacją zasadza się na tym, że brak zgody na przedłużenie okresu/terminu związania ofertą nie stanowi już przesłanki wykluczenia wykonawcy, lecz odrzucenia złożonej przez niego oferty. Występujące w orzecznictwie Izby oraz orzecznictwie sądów powszechnych rozbieżności w tym zakresie są znane ustawodawcy od wielu lat. Gdyby zatem ustawodawca chciał rozciągnąć sankcję przepisu również na brak samodzielnego przedłużenia związania ofertą posłużyły się znacznie prostszą konstrukcją referującą do braku przedłużenia terminu/okresu związania ofertą. W konsekwencji oferta Odwołującego może być jeszcze wybrana jako najkorzystniejsza. Jedyną różnicą jest taka, że z uwagi na upływ terminu związania ofertą wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy pod rygorem utraty wadium. Stanowisko powyższe podziela także orzecznictwo Izby i sądów okręgowych (tak wyrok KIO z dnia 31 października 2017 r., sygn. akt KIO 2181/17; wyrok KIO z dnia 6 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 151/17; wyrok KIO z dnia 7 marca 2017 r., sygn. akt KIO 324/17).

Konkludując, Odwołujący wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej i możliwość poniesienia szkody.

Izba ustaliła, że:

Na podstawie nadesłanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, w tym także dokumentacji do postępowania odwoławczego KIO 2006/17 Izba ustaliła, że w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żądał przedstawienia kart katalogowych oferowanych urządzeń. Zgodnie z SIWZ (rozdział VI pkt 3) dokumentami, które należało złożyć na wezwanie Zamawiającego, co dotyczyć miało wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona były karty katalogowe oferowanych urządzeń.

W dniu 14 września 2017 roku Perfect Displays Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożyła (zgodnie z wezwaniem Zamawiającego) dokumenty przedmiotowe wraz z oświadczeniem o utajnieniu części dokumentów, wykaz kart katalogowych (tajemnica przedsiębiorstwa) oraz pismo od firmy Bosch (tajemnica przedsiębiorstwa).

Przy oświadczeniu o zastrzeżeniu informacji jako tajemnica w przypadku kart katalogowych oraz pisma Bosch wskazano, że zawierają one istotną, merytoryczną część oferty. Opisując urządzenia oferowane przez podanie ich nazwy, typu/modelu oraz parametrów technicznych. Zestaw tych urządzeń, indywidualnie dobrany dla potrzeb

13

Zamawiającego jest informacją techniczną stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca podkreślił, że kontroluje liczbę osób mających dostęp do tego typu informacji, które nie są udostępniane nawet pracownikom nie zaangażowanym w projekt. Ponadto firma stosuje klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi. Informacje z oferty mają

szczególną wartość gospodarczą i handlową, dotyczą organizacyjnych aspektów działania firmy.

W toku postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2006/17 Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że zastrzeżenia zgłoszone przez Odwołującego w stosunku do pozostałych wykonawców są chybione, gdyż:

- 1) w ofercie Perfect Displays oferowane urządzenie spełnia parametry opisane w pkt 1 str. 21 SIWZ — Szczegółowy opis parametrów technicznych — Pulpit przewodniczącego z ekranem dotykowym — Funkcje podstawowe dwa gniazda słuchawkowe. Wymogi SIWZ zostaną spełnione, ponieważ w ofercie Perfect Displays zastosowano modyfikację z użyciem rozdzielacza gniazda słuchawkowego na dwa gniazda słuchawkowe, co jest w pełni akceptowalne przez Zamawiającego;
 - 2) zaoferowany serwer Fujitsu Primergy RX1330 M2 zostanie dostarczony z systemem operacyjnym Microsoft Windows Server 2012 R2 64-bit.
- W związku z powyższym oferta Perfect Displays spełnia minimalne wymagania SIWZ w obu punktach.

Przy pełnej zgodności i poprawności oferty Perfect Displays oferta RGBS — z uwagi na zastosowanie tzw. „procedury odwróconej” - nie była weryfikowana pod kątem obu postawionych zarzutów.

Izba w wyroku wskazała, że z uwagi na niezakończenie przez Zamawiającego etapu badania i oceny ofert, zarzuty postawione w stosunku do ofert pozostałych dwóch wykonawców należy uznać za przedwczesne.

W dniu 24/10/2017 RGBS zostały wezwane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie:

- 1) wskazanie wersji systemu operacyjnego zainstalowanego na jednostce centralnej – serwer Dell PowerEdge R230 oraz komputerze PC do uruchomienia oprogramowania serwerowego
- 2) Wykonawca nie uwzględnił w specyfikacji technicznej urządzeń opisu załączonych akcesoriów, w tym dla pulpitu przewodniczącego z ekranem dotykowym.

Wykonawca RGBS odpowiedział, że systemy operacyjne zostały uwzględnione w cenie zgodnie z SIWZ. Dla serwera jest to MS Windows Server 2012R, a dla komputera Windows 10 Pro 64 bits. Co do załączonych akcesoriów w przypadku pulpitu zaznaczono, że będzie to kabel systemowy BOSCH DCNM-CB02B oraz adapter kablowy do rozdzielacza sygnału słuchawkowego na 2 pary słuchawek (3,5 mm Jack Stereo x 2).

14

Biorąc pod uwagę ustalenia poczynione na podstawie złożonej dokumentacji, Izba uznała, że choć potwierdził się zarzut niezasadnego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, to odwołanie podlegało oddaleniu w całości, bowiem uznanie tego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa musi ona spełniać łącznie 3 cechy:

- mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny;
- informacja taka nie mogła zostać ujawniona do wiadomości publicznej;
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania celem zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnosnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje ujęte w dokumentach przedmiotowych złożonych przez Przystępującego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący nie wykazał skutecznie, że informacje posiadają dla niego określoną wartość gospodarczą, co prowadzić może do konkurencyjności jego oferty. Zastrzeżone karty katalogowe dotyczą produktów o ustalonych standardach, powszechnie dostępnych. Nie ma racji Przystępujący twierdząc, że nie są to dokumenty ujawnione do wiadomości publicznej. W każdej z ofert należało wskazać w formularzu ofertowym nazwę urządzenia, jego producenta i symbol. Nie wymaga wiadomości specjalnych okoliczność, że to właśnie dany symbol identyfikuje konkretny produkt danego producenta, który na własnych stronach internetowych przedstawia specyfikację techniczną danego urządzenia. Złożone przez Przystępującego

15

karty katalogowe nie są niczym innym, jak właśnie specyfikacją techniczną poszczególnych urządzeń. Już przez samo wymienienie urządzeń w formularzu ofertowym możliwe więc było ich zidentyfikowanie. Co więcej, sam Przystępujący podkreślał, że należało zaoferować sprzęt pochodzący z produkcji masowej, a więc nie były to urządzenia stosowane dla tego konkretnego Zamawiającego. W postępowaniu mamy do czynienia z dostawą sprzętu, bez konieczności stosowania specjalnych elementów konfiguracji dostarczanych urządzeń. Przedłożone i zastrzeżone dokumenty nie odnosiły się do źródeł zaopatrzenia i zbytu. Nie określono w nich warunków handlowej współpracy między Przystępującym a producentem poszczególnych urządzeń. Nie mogą mieć one zatem szczególnej wartości gospodarczej, ponieważ nie przywołano w nich uwarunkowań rynkowych dostępnych tylko dla Przystępującego. Karty katalogowe miały potwierdzać wymagania opisane w opisie przedmiotu zamówienia, który był jawny i jednolity dla wszystkich wykonawców. Zamawiający nie wymagał dostawy skomplikowanego systemu dedykowanego tylko na potrzeby jego jednostki. Podkreśla się w orzecznictwie, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14).

Nie ulega także wątpliwości, że dysponentem informacji zawartych w kartach katalogowych są podmioty trzecie, nie zaś sam wykonawca. Przystępujący nie przedstawił żadnych dokumentów, z których wynikałoby, że podmioty trzecie nie wyraziły zgody na ujawnienie informacji. Same twierdzenia, że Przystępujący prowadząc własne przedsiębiorstwo stosuje i zachowuje politykę poufności informacji, nie odnosi się do kart katalogowych. Natomiast z tych dokumentów nie płyną inne informacje, na przykład o sposobie pracy zespołu Przystępującego, które wymagałby utajnienia. Nie można podzielić twierdzeń Przystępującego i Zamawiającego, że w postępowaniu mamy do czynienia z takim zestawem urządzeń, które zostały indywidualnie dobrane dla potrzeb danego Zamawiającego. Zwrócić uwagę należy, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, zaoferowali podobne urządzenia, w bardzo zbliżonych cenach. Tak więc teza o unikalności rozwiązania Przystępującego nie znajduje oparcia ani w treści samej oferty tego wykonawcy, ani w dokumentach przedmiotowych w postaci kart katalogowych. Nie wykazano w żaden sposób, że cały zbiór informacji zawartych w poszczególnych dokumentach obrazuje na tyle szczegółowo sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny i który stanowi także pracę koncepcyjną i twórczą.

Co więcej z uwagi na wymienienie symboli i nazw urządzeń oraz ich producenta, każdy z wykonawców mógł zidentyfikować w prosty sposób dane urządzenie, co potwierdzają zarzuty odwołania odnoszące się do niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Choć treść kart katalogowych i cała treść oświadczenia

16

producenta nie została ujawniona, to Odwołujący nie miał problemu z przedstawieniem zarzutów. Jednocześnie ta właśnie okoliczność przesądziła o braku wpływu tego zarzutu na wynik całego postępowania. Skoro Odwołujący bez szczególnego wysiłku i dostępu do dokumentów źródłowych mógł skonstruować zarzuty niezgodności oferty z SIWZ, to odtajnienie dokumentów przez Izbę nie będzie już miało wpływu na wynik postępowania.

Nie można jednak zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że zastrzeżenie kart katalogowych musiało nastąpić z momentem złożenia w postępowaniu ofert. Jak wynika

z zapisów SIWZ, w tym konkretnym postępowaniu, Zamawiający, stosując procedurę odwróconą, zaznaczył, iż dokumentów potwierdzających parametry techniczne żądał będzie na wezwanie, od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona. Tak więc momentem, w którym należało złożyć owe dokumenty i jednocześnie skutecznie zastrzec dane informacje, był moment odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. W tym momencie wykazać należy dlaczego określone informacje korzystają z ochrony utajnienia.

Konkludując, Izba stwierdza, iż na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający niezasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący przedstawił merytoryczną i obiektywną argumentację przemawiającą za tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było nieprawidłowe. Choć Zamawiający nie dochował należytej staranności w przeprowadzeniu procesu badania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, to potwierdzenie się zarzutu nie skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów dotyczących niezgodności w ofertach Przystępującego oraz wykonawcy RGBS, dostrzeżenia wymaga, iż w procedurze odwróconej Zamawiający w pierwszej kolejności bada oferty w kontekście podstaw odrzucenia, następnie oferty niepodlegające odrzuceniu ocenia w kryteriach i dopiero w dalszej kolejności bada czy wykonawca, który uplasował się na pierwszym miejscu w rankingu spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. W przedmiotowym postępowaniu dodatkowo Zamawiający określił, że dopiero po ustaleniu rankingu wykonawców żądał będzie złożenia dokumentów przedmiotowych od wykonawcy, którego oferta zajęła pierwsze miejsce. Tak więc dokumenty potwierdzające wymogi techniczne składane były dopiero po otrzymaniu przez konkretnego wykonawcę wezwania do złożenia odpowiednich dokumentów. Zatem przez złożenie tych dokumentów nie doszło do zmiany treści oferty ale do potwierdzenia parametrów technicznych oferowanych według specyfikacji cenowej urzędzeń.

Co do niespełniania przez pulpit przewodniczącego wymagania posiadania dwóch gniazd stereofonicznych typu Jack 3,5 mm, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

17

Niewątpliwie urządzenie oferowane przez Przystępującego i RGBS posiada jedno gniazdo w wersji standardowej. Jednakże wraz ze złożeniem dokumentów przedmiotowych Przystępujący przedstawił oświadczenie producenta pulpitu, z którego wynikało, że wymagana dodatkowa funkcjonalność osiągnięta zostanie przez zastosowanie adaptera kablowego marki Manhattan. Dodatkowo w momencie wniesienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2006/17, producent potwierdził, że wyposażenie w dodatkowe złącze nie wpływa w żaden sposób na gwarancję urządzenia podstawowego oraz że udzielona zostanie gwarancja na złącze zgodna z gwarancją urządzenia. Podobnie wykonawca RGBS złożył wyjaśnienia, że zastosował tożsame rozwiązanie techniczne.

W ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący i RGBS spełnili wymogi SIWZ w zakresie spornego wymagania. Specyfikacja, jak też odpowiedzi na pytania wykonawców, nie zabraniały zastosowania takiego rozwiązania. Dodatkowo producent urządzenia głównego zagwarantował prawidłowość działania elementu dodatkowego z jego urządzeniem. Z tej też perspektywy złożone przez Odwołującego oświadczenie oficjalnego, głównego przedstawiciela marki Manhattan w Polsce nie wносиło nic do postępowania dowodowego. Niewątpliwie bowiem to nie producent kabla może zagwarantować jego poprawne działanie z urządzeniem ale właśnie producent urządzenia.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że owo złącze powinno być ujęte w formularzu cenowym, to zauważyć należy, iż nie przedstawiono żadnych dowodów, że tak nie jest. Po pierwsze różnica cenowa między poszczególnymi ofertami jest niewielka. Tak więc bardzo prawdopodobne jest, że złącze, jako element dodatkowego wyposażenia, może być ujęte w pozycji samego urządzenia. Stosowne oświadczenie zawarte w formularzu cenowym, w ocenie Izby nie ma tak ogólnego charakteru, jak oceniał to Odwołujący i odnosi się także do takiego rodzaju elementu dodatkowego wyposażenia. Po drugie Zamawiający nie wymagał, aby formularz cenowy i ofertowy wymieniały wszystkie elementy wchodzące w skład wyposażenia urządzenia.

W przypadku twierdzeń Odwołującego, że w ofercie Przystępującego i RGBS brakuje systemów operacyjnych dla oferowanych serwerów, to z dokumentów przedmiotowych

złożonych na wezwanie Zamawiającego przez Przystępującego wynika jaki rodzaj oprogramowania został zastosowany. Przystępujący złożył dwa dokumenty, pierwszy opisujący parametry samego serwera, ze wskazaniem jakiego rodzaju oprogramowanie może być z nim stosowane oraz drugi dokument, z którego wynikało konkretne podane z nazwy i symbolu oprogramowanie. Producenci tego typu urządzeń w kartach katalogowych wymieniają zazwyczaj pełne spectrum oprogramowania, które może zostać zainstalowane w danym urządzeniu i może z nim współpracować. Dostawcy zaś konstruując swoją ofertę niejako „wyjmują” oprogramowania nadmiarowe pozostawiając tylko to, które jest konieczne ze względu na przeznaczenie i ostateczną konfigurację urządzeń. Jest to typowa praktyka

18

handlowa, która została również zastosowana w niniejszym przypadku. Wykonawca RGBS wyjaśnił bowiem, że systemy operacyjne zostały uwzględnione w cenie, zgodnie z SIWZ. Wskazał, że dla serwera jest to MS Windows Server 2012R, a dla komputera Windows 10 Pro 64 bits. Żaden też z wykonawców, ani Zamawiający nie kwestionowali okoliczności, że proponowane serwery marek Fujitsu oraz Dell są sprzedawane bez oprogramowania systemowego oraz że taka opcja jest dodatkowo płatna (co wynika z oświadczenia firmy Senetic, złożonego przez Odwołującego na rozprawie). To jednak rolą Odwołującego było wykazanie, że odpowiedniego, wymaganego w SIWZ oprogramowania nie zaoferowano w ofertach. Okoliczności tej nie potwierdza wspomniane oświadczenie firmy Senetic. W przypadku Przystępującego zaoferowanie oprogramowania potwierdza złożona na wezwanie Specyfikacja techniczna serwera, zaś w przypadku wykonawcy RGBS – złożone wyjaśnienia. Choć oprogramowania nie wymieniono z nazwy w formularzu ofertowym, nie może być to jedyny dowód potwierdzający zarzuty odwołania. Specyfikacja techniczna w SIWZ dla serwerów zawierała szereg elementów, które nie zostały potem oddzielnie wyodrębnione w formularzu cenowym. Każdy też z wykonawcy położył akcent na inne informacje w formularzu ofertowym specyfikując właściwości serwerów. Istotnym jest natomiast, że w przypadku oferty najkorzystniejszej oświadczenie wykonawcy, że zaoferował on urządzenia nowe, nieużywane, kompletne, pochodzące z produkcji seryjnej i autoryzowanej dystrybucji. Wykonawca oświadczył także, że wszystkie akcesoria i kable niezbędne do montażu i uruchomienia urządzeń wchodzi w skład dostawy, co potwierdziły dokumenty przedmiotowe złożone na wezwanie Zamawiającego.

Z tych powodów odwołanie nie zostało uwzględnione.

19

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

20