Sygn. akt: KIO 2386/15

WYROK
z dnia 17 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o., Helica Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski, ul.** Świętokrzyska **11/21, 00-919 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TA-Poland Sp. z o.o., Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., ul. Połczyńska 31a, 01-377 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o., Helica Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o., Helica Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o., Helica Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TA-Poland Sp. z o.o., Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., ul. Połczyńska 31a, 01-377 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2386/17

Uzasadnienie

I. Narodowy Bank Polski (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług drukowania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 4 kwietnia 2015 r., poz. 2015/S 067-119979. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn.

zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych bądź Ustawa).

W dniu 2 listopada 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Helica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

a. art. 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum TA-POLAND pomimo, że złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego Postępowania w zakresie zaoferowanej wersji oprogramowania HP Web Jetadmin, zgodności oferowanej wersji z wymaganiami SIWZ i weryfikacji tej zgodności oraz faktycznego sposobu realizacji zamówienia przez Konsorcjum TA-POLAND;
b. art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TA-POLAND, pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i powinna zostać odrzucona z uwagi na niespełnianie przez zaoferowaną przez Konsorcjum TA-POLAND najwcześniejszą wersję oprogramowania HP Web Jetadmin 10.3. wydaną w dniu 11 lipca 2012 roku wymagań SIWZ;
c. art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TA-POLAND pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i powinna zostać odrzucona z uwagi na faktyczną nieodpuszczalną zmianę treści oferty przez Konsorcjum TA- POLAND po upływie terminu składania ofert;
d. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) i 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem

wykluczenia Konsorcjum TA-POLAND podczas gdy złożył on nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego Postępowania oraz odrzucenia oferty TA- POLAND, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ;
e. art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez zaniechanie odtajnienia pełnej treści wyjaśnień Konsorcjum TA-POLAND złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy, z dnia 6 października 2015 r. pomimo, że utajnione wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
f. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez zaniechanie odtajnienia pełnej treści wyjaśnień Konsorcjum TA-POLAND złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy z dnia 6 października 2015 r. pomimo, że utajnione wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, skutkujące bezzasadnym pozbawieniem istotnych dla oceny Konsorcjum TA-POLAND Odwołującego informacji oferty i prawdziwości składanych przez nie oświadczeń.

Podniesione zarzuty Odwołujący uzasadniał następująco:

,,ZANIECHANIE ODTAJNIENIA WYJAŚNIEŃ TA-POLAND. 1.2. Odwołujący pismem z dnia 16 października 2015 roku złożył wniosek o udostępnienie mu protokołu Postępowania wraz z korespondencją prowadzoną pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, którzy złożyli ofertę po dacie rozprawy i wydania wyroku przez KIO w sprawie sygn. akt KIO 1645/15 KIO 1653/15. Zamawiający, pismem z 22 października 2015 roku, udostępnił Odwołującemu jedynie część dokumentacji. Jak było to wskazane powyżej, Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień treści oferty Konsorcjum TA-POLAND złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 października 2015 roku dotyczącego braku możliwości instalacji zaoferowanego oprogramowania HP Web Jetadmin 10.3. w najwcześniejszej jego wersji z dnia 11 lipca 2012 roku w środowisku Zamawiającego obejmującym Windows Server 2012, tj. pisma Konsorcjum TA-POLAND zawierającego wyjaśnienia oraz załącznika nr 1 i 2 do tego pisma. Zamawiający powołał się na zastrzeżenie powyższych informacji przez Konsorcjum TA-POLAND jako tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art.8 ust. 3 Ustawy, pomimo tego, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i jako takie powinny zostać przez Zamawiającego odtajnione. Zastrzeżona część wyjaśnień tj. pismo i załączniki nr 1 i 2 do tego pisma, o ile istotnie stanowią wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, zawierają jedynie opis sposobu instalacji HP Web Jetadmin 10.3. w wersji z 11 lipca 2012 roku w środowisku Zamawiającego

obejmującym Windows Serwer 2012. Celem i przyczyną zastrzeżenia nie jest więc ochrona jakichkolwiek danych poufnych, lecz wyłącznie uniemożliwienie Odwołującemu weryfikacji przedstawionych wyjaśnień i ich zakwestionowania w drodze środków ochrony prawnej.

Oczywistym jest bowiem, że wiedza techniczna Odwołującego jest znacznie szersza niż Zamawiającego, co pozwala na ocenę informacji przedłożonych Zamawiającemu zarówno biorąc pod uwagę kontekst techniczny, jak i zgodność z dotychczasowymi oświadczeniami Konsorcjum TA-POLAND. Nieudostępnienie wyżej wymienionych informacji uniemożliwiło jakąkolwiek weryfikację wyjaśnień Konsorcjum TA-POLAND w ich kluczowym zakresie, niemniej Odwołujący ma uzasadnione wątpliwości dotyczące tego, iż informacje podane przez Konsorcjum TA-POLAND są nieprawdziwe oraz mają lub mogą one mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a także są one niezgodne z treścią SIWZ oraz stanowią faktyczną modyfikację oferty Konsorcjum TA-POLAND w zakresie zaoferowanej wersji oprogramowania i sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia.
1.3. Zgodnie z art. 8 Ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności przejawia się zarówno w działaniach wykonawców jak i zamawiającego, którzy zobowiązani są do udostępnienia dokumentów sporządzanych w czasie postępowania, nie tylko przez zamawiającego, ale również przez wykonawców. Od powyższej zasady istnieje wyjątek stwierdzający, iż nie podlegają ujawnieniu informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tajemnicą przedsiębiorstwa są 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. Na Zamawiającym ciąży obowiązek zbadania w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu czy zachodzą przesłanki zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. 2 Zamawiający zaniechał powyższego badania i odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum TA-POLAND, pomimo iż informacje zawarte w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień nie spełniają przesłanek koniecznych do uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum TA-POLAND.

1.4. Z pewnością nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa sposób instalacji zaoferowanej wersji oprogramowania HP Web Jetadmin 10.3. z dnia 11 lipca 2012 roku w środowisku Zamawiającego, tj. na Microsoft Windows Server 2012, a tego wymagał Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 6 października 2015 roku. Oprogramowanie HP Web Jetadmin 10.3. w każdej wersji, w tym tej najwcześniejszej z dnia 11 lipca 2012 roku będącej przedmiotem oferty zgodnie z oświadczeniami Konsorcjum TA-POLAND, jest standardowym oprogramowaniem służącym do zarządzania drukiem oferowanym na rynku przez producenta Hewlett Packard. Nabywcy urządzeń drukujących Hewlett Packard instalują je samodzielnie, a producent oprogramowania Hewlett Packard udostępnia na swojej oficjalnej stronie internetowej instrukcję instalacji i konfiguracji tego oprogramowania, w której krok po kroku przedstawia, jak należy zainstalować i skonfigurować oprogramowanie. Powyższe znajduje

zresztą potwierdzenie w ujawnionej części wyjaśnień Konsorcjum TA-POLAND.
W oświadczeniu HP Inc Polska sp. z o.o. znajduje się link do instrukcji instalacji i konfiguracji oprogramowania HP Web Jetadin 10.3. do pobrania ze strony internetowej Hewlett Packard (do którego producent wprost się odwołuje), a dodatkowo instrukcja instalacji i konfiguracji HP Web Jetadmin 10.3. w wersji aktualnej na luty 2015 rok (str. 2) w języku angielskim została załączona do wyjaśnień. Oznacza to zatem, że producent nie czyni poufnymi informacji dotyczących sposobu zainstalowania i skonfigurowania zaoferowanego oprogramowania. Całkowicie bezpodstawne jest zatem utajnienie takich informacji w treści wyjaśnień. Bez znaczenia jest w tym zakresie okoliczność, że instalacja ma dotyczyć środowiska, które zgodnie z oficjalnymi danymi technicznymi dla wersji HP Web Jetadmin 10.3. z dnia 11 lipca 2012 roku nie było wspierane przez to oprogramowanie, gdyż oprogramowanie Microsoft Windows Serwer 2012 zostało wydane we wrześniu 2012 roku. W toku rozprawy w dniu 19 sierpnia 2015 roku Konsorcjum TA-POLAND potwierdzało, że instalacja taka jest możliwa,

a zaoferowane oprogramowanie w wersji z 11 lipca 2012 r. spełnia wszystkie wymagania SIWZ. Potwierdzenie takie musi wynikać także z wyjaśnień z 8 października 2015 roku, skoro Zamawiający, mając wątpliwości w tym zakresie, dokonał wyboru oferty Konsorcjum TA-POLAND w oparciu o treść wyjaśnień. Należy nadto zauważyć, że informacje odnośnie instalacji danej wersji oprogramowania nie mają żadnego znaczenia gospodarczego godnego ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dotyczą bowiem standardowego produktu i czynności niezbędnych do wykonania samodzielnie przez każdego użytkownika oferowanego oprogramowania. Oczywistym jest zatem, że producent informacje dotyczące sposobu instalacji musi ujawniać. Informacje dotyczące sposobu instalacji nie są zatem żadnym unikalnym know how, lecz zestawem niezbędnych do wykonania czynności umożliwiających skorzystanie z funkcjonalności oprogramowania. Dodatkowo można zauważyć, że producent oferuje nabywcom swoich produktów pomoc techniczną, zatem wszelkie tego typu informacje mogą zostać pozyskane w legalny sposób. Jawne procedury instalacyjne producenta nie mogą zatem stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum TA-POLAND. Powyższego wniosku nie zmienia także okoliczność instalacji oprogramowania z pominięciem procedury instalacyjnej określonej przez producenta. Próba takiej instalacji stanowiąca niewątpliwie naruszenie zasad określonych przez producenta nie generuje powstania po stronie Konsorcjum TA- POLAND jakiegokolwiek know how posiadającego wartość gospodarczą stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazuje bowiem wyłącznie na metodę instalacji oprogramowania z pominięciem instrukcji producenta. Nadto samo Konsorcjum TA-POLAND w wyjaśnieniach z 14 lipca 2015 roku (także zastrzeżonych i odtajnionych następnie przez Zamawiającego) oraz następnie na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2015 roku szeroko przedstawiało informacje o zamierzonym sposobie realizacji

funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ. Informacje w tym zakresie są zatem w pełni jawne.

W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający nie dokonał weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zauważa, że w świetle art. 8 ust. 3 Ustawy wyczerpujące uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa winno być zawarte w ofercie lub co najmniej w piśmie, które tajemnicę przedsiębiorstwa - według oświadczenia wykonawcy - zawiera. Odwołujący nie zna treści uzasadnienia dla poczynionego przez Konsorcjum TA-POLAND zastrzeżenia, jednak podnosi, że już choćby z przyczyn wskazanych powyżej nie może ono być skuteczne. Zmawiający całkowicie bezkrytycznie przyjął utajnienie, którego jedynym celem jest niedopuszczenie Odwołującego do zapoznania się z wyjaśnieniami Konsorcjum TA-POLAND i oceny ich zasadności. Niechęć do ujawnienia informacji przedkładanych zgodnie z żądaniem Zamawiającego związanym z podejrzeniem niezgodności oferty z treścią SIWZ nie uzasadnia ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz wskazuje wprost na naruszenie zasady jawności w Postępowaniu. Odwołujący podkreśla, iż w jego opinii Konsorcjum TA-POLAND podało okoliczności, które wskazują na niezgodność oferty Konsorcjum TA-POLAND z SIWZ (wersja z dnia 11 lipca 2012 roku nie spełnia wszystkich wymagań SIWZ), inny sposób realizacji zamówienia niż deklarowany w oświadczeniach i podtrzymywany na rozprawie w dniu 19sierpnia 2015 roku (inna wersja oprogramowania niż z dnia 11 września 2012 roku), a co za tym idzie złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik Postępowania. Utajnienie wyjaśnień podyktowane jest wyłącznie obawą przed ujawnieniem niekorzystnych dla Konsorcjum TA-POLAND okoliczności, w tym pominięcia standardowej procedury instalacyjnej oprogramowania określonej przez producenta, a nie rzeczywistą ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosi, że Konsorcjum TA-POLAND już po raz drugi utajnia wyjaśnienia dotyczące zgodności swojej oferty w zakresie zaoferowanego oprogramowania HP Web Jetadmin 10.3. z wymaganiami SIWZ. Poprzednie wyjaśniania z dnia 14 lipca 2015 roku także zostały utajnione, a Zamawiający ujawnił je Odwołującemu dopiero po wniesieniu odwołania w dniu 31 lipca 2015 roku, w którym jako jeden z zarzutów wskazano bezzasadne utajnienie wyjaśnień dotyczących jawnej treści oferty w zakresie zaoferowanej wersji oprogramowania. W piśmie z 14 lipca 2015 roku Konsorcjum TA-POLAND w ogóle nie zawarło uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, co już tylko z tej przyczyny obligowało Zamawiającego do ich odtajnienia. W świetle aktualnego brzmienia art. 8 ust.3 Ustawy uzasadnienie zasadności utajnienia jest obligatoryjnym elementem

warunkującym - poza spełnieniem przesłanek definicyjnych z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli w wyjaśnieniach z dnia 8 października 2015 roku Konsorcjum TA- POLAND nie

zawarło uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa podanych przez siebie informacji, wyjaśnienia podlegają odtajnieniu z uwagi na niespełnienie przesłanki z art. 8 ust. 3 Ustawy, niezależnie od zawartych tam informacji.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o weryfikację przedłożonych wyjaśnień i ich odtajnienie jako niezawierających tajemnicy przedsiębiorstwa, ewentualnie - gdyby Izba ustaliła, że niektóre z informacji mają taki charakter, odtajnienie wyjaśnień z 8 października 2015 roku w części, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.
ZŁOŻENIE PRZEZ KONSORCJUM TA-POLAND NIEPRAWDZIWYCH INFORMACJI ORAZ SPRZECZNOŚĆ TREŚCI OFERTY Z TREŚCIĄ SIWZ. Odwołujący podnosi, że Konsorcjum TA-POLAND, oświadczając stanowczo na rozprawie oraz potwierdzając w wyjaśnieniach z dnia 8 października 2015 roku, że zaoferowało oprogramowanie HP Web Jetadmin 10.3. w najwcześniejszej wersji z 11 lipca 2012 roku (tj. bez jakiegokolwiek oznaczenia SR dla następnych wersji)/ która to wersja spełnia wszystkie wymagania SIWZ złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Powyższe uzasadnia wykluczenie Konsorcjum TA-POIAND z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy.
1.6. Zgodnie z oficjalnymi danymi technicznymi producenta oprogramowania HP Web Jetadmin publikowanymi w oficjalnych materiałach i na oficjalnej stronie oprogramowanie HP Web Jetadmin 10.3. w wersji z dnia 11 lipca 2012 roku, tj. zaoferowanej zgodnie z treścią oferty Konsorcjum TA- POLAND oraz zgodnie z jego oświadczeniami w niniejszym Postępowaniu, nie wspiera systemu Microsoft Windows Serwer 2012. Jest to w pełni zrozumiałe, gdyż Microsoft Windows Serwer 2012 wydany został we wrześniu 2012 roku, a oprogramowanie HP Web Jetadmin 10.3. 11 iipca 2012 roku). Jest zatem technicznie niemożliwe, aby oprogramowanie w tej wersji wspierało oprogramowanie innego producenta, które nie było jeszcze dostępne w dacie wydania wskazanej przez Konsorcjum TA-POLAND wersji. Oficjalne informacje techniczne publikowane przez producenta Hewlett Packard potwierdzają, że wsparcie dla ww. systemu operacyjnego stało się dostępne dopiero w wersji HP Web Jetadmin 10.3 SR4 wydanej w październiku 2013 roku. Za wprowadzające w błąd należy uznać dokumenty przedstawione wraz z oświadczeniem HP Inc Polska Sp. z o.o. w piśmie z dnia 8 października 2015 roku, tj. instrukcja instalacji i konfiguracji (w języku angielskim) oraz jej fragment przetłumaczony na język polski, z którego jakoby miałoby wynikać, że wersja HP Web Jetadmin 10.3. z dnia 11 lipca 2012 roku wspiera system operacyjny Microsoft Windows Serwer 2012. Abstrahując od niedopuszczalności przedstawiania w Postępowaniu dokumentów w języku obcym bez stosownego tłumaczenia i przetłumaczenie jedynie wyrwanych z kontekstu fragmentów, dokument, który został przedłożony jest wersją z lutego 2015 roku, co oznacza, ze uwzględnia wszystkie nowsze

wersje oprogramowania HP Web Jetadmin aż do HP Web Jetadmin 10.3. SR8. Instrukcja instalacji i konfiguracji jest bowiem na bieżąco aktualizowana i pod wskazanym przez HP Inc Polska Sp. z o.o. w oświadczeniu z 7 października 2015 roku linkiem znajduje się jego ostatnia, najbardziej aktualna wersja. O tym, iż przedstawiony dokument dotyczy HP Web Jetadmin 10.3. SR8 świadczy jego treść, np. odnośniki do tej wersji zawarte w dokumencie (np. str. 5). Nie budziło sporu ani wątpliwości Zamawiającego, że wersja HP Web Jetadmin SR8 (opublikowana 25 stycznia 2015 roku) wspiera system operacyjny Microsoft Windows Serwer 2012, jednak to nie jest wersja, którą - wedle jego wyraźnego oświadczenia - zaoferowało Konsorcjum TA-POLAND. Konsorcjum TA-POLAND zaoferowało wersję HP Web Jetadmin 10.3. najwcześniejszą z 11 lipca 2012 roku, dla której oficjalna dokumentacja producenta nie potwierdza wsparcia systemu operacyjnego Microsoft Windows Serwer 2012. W ocenie Odwołującego przedłożone dokumenty wprowadzają Zamawiającego w błąd odnośnie faktycznej specyfikacji technicznej zaoferowanego oprogramowania, sugerując jakoby wszystkie wersje wspierały system operacyjny, którego dotyczy wezwanie do

wyjaśnień z dnia 6 października 2015 roku. Odwołujący nie posiada wiedzy, w jaki sposób zainstalowano oprogramowanie HP Web Jetadmin 10.3. w wersji z lipca 2012 roku dla Microsoft Windows Serwer 2012 przedstawiło Konsorcjum TA-POLAND, gdyż informacje w tym zakresie znalazły się w bezzasadnie zastrzeżonej części wyjaśnień. W ocenie Odwołującego gdyby było to rozwiązanie zgodne z instrukcją producenta, wspierane przez producenta oraz zapewniało faktyczne potwierdzenie zgodności zaoferowanej wersji z SIWZ, wystarczające byłoby odwołanie się do jawnej instrukcji instalacyjnej lub objęcie tego zakresu jawnym oświadczeniem producenta, który zapewne posiada najlepszą wiedzę, jak dokonać takiej instalacji. Odwołujący podnosi, że ww. wyjaśnienia, w tym opracowany sposób na zainstalowanie oprogramowania w wersji z 11 lipca 2012 roku w wymaganym środowisku Microsoft Windows Serwer 2012 wbrew oficjalnej dokumentacji technicznej miały na celu wyłącznie formalne potwierdzenie, że taka możliwość - jakkolwiek dokonana - istnieje, aby udzielić twierdzącej odpowiedzi na wyjaśnienia Zamawiającego i uwiarygodnić własne oświadczenia. Nie oznacza to jednak, że faktycznie ta wersja wskazana w treści oferty istotnie spełnia wymagania SIWZ, jest kompatybilna z oferowanym sprzętem i pozostałym oprogramowaniem oraz, że to ona zostanie wykorzystana na potrzeby realizacji zamówienia. Wersja ta nie uwzględnia bowiem żadnej modyfikacji i udoskonaleń oprogramowania producenta oferowanych w okresie kolejnych 3 lat jego funkcjonowania, nie obejmuje także obsługi nowych dodawanych urządzeń, które były w tym okresie wprowadzane do obrotu (np. HP LaserJet Enterprise fiow MFP M830, HP Color LaserJet Enterprise flow MFP M880z/M880z+ zaoferowane przez Konsorcjum TA-POLAND). Nie jest więc kompatybilna z oferowanym sprzętem, który przynajmniej w części został wprowadzony do obrotu po 2012 roku. W szczególności nie jest ona kompatybilna z urządzeniami HP LaserJet Enterprise flow

---

MFP M830, HP Color LaserJet Enterprise flow MFP M880z/M880z+ zaoferowanymi przez Konsorcjum TA-POLAND (wspierane począwszy od wersji HP Web Jetadmin 10.3 SR4).Odwołujący stoi na stanowisku, że Konsorcjum TA-POLAND złożyło w tym zakresie nieprawdziwe oświadczenie. Oświadczenie to zostało wprost, jednoznacznie i stanowczo sprecyzowane na rozprawie z dniu 19 sierpnia 2015 roku oraz podtrzymane w wyjaśnieniach z 8 października 2015 roku. To na tym oświadczeniu Konsorcjum TA POLAND oparło całą argumentację o prawidłowym oznaczeniu zaoferowanej wersji, chcąc uchronić się od analogicznej konsekwencji, jaka stała się udziałem wykonawcy Copy.Net.pl, którego oferta została odrzucona m.in. ze względu na brak wystarczającego dookreślenia zaoferowanej wersji oprogramowania w treści oferty umożliwiającej jej identyfikację i dokonaną zmianę treści SIWZ po upływie terminu składania ofert w zakresie dookreślenia wersji zaoferowanego oprogramowania. Konsorcjum TA-POLAND oświadczyło zatem, że oferuje oprogramowanie w wersji z dnia 11 września 2012 roku, które spełnia wymagania określone w SIWZ, pomimo pełnej świadomości, że oprogramowanie to wymagań nie spełnia, nie będzie w rzeczywistości wykorzystane na potrzeby zamówienia, a faktycznym przedmiotem jego oferty jest oprogramowanie w nowszej wersji, która nie została określona w treści oferty, co skutkowałoby jednak odrzuceniem oferty jak w przypadku Copy.Net.pl. Tym samym to takie oprogramowanie a nie wersja z 11 lipca 2012 roku zostanie wykorzystane na potrzeby realizacji zamówienia. Oprogramowanie HP Web Jetadmin 10.3. w wersji z 11 lipca 2012 roku nie będzie więc w ogóle faktycznie wykorzystywane dla wykonania zamówienia.
1.7. Powyższe stanowisko potwierdzają także inne oświadczenia składane przez Konsorcjum TA -POLAND w toku postępowania odwoławczego. W toku postępowania odwoławczego przed KIO Konsorcjum TA- Poland oświadczyło bowiem m. in., że możliwa jest instalacja oprogramowania HP Web Jetadmin 10.3 w wersji z 11 lipca 2012 roku na serwerze Zamawiającego (z posiadanym przez Zamawiającego Windows Serwer 2012), a po instalacji nastąpi automatyczny upgrade oprogramowania do najnowszej wersji (protokół rozprawy str. 11 akapit 3). Po pierwsze, stanowisko takie potwierdza tezę, że oprogramowanie HP Web Jetadmin w wersji 10.3. z 11 lipca 2012 roku nie spełnia wymagań Zamawiającego, skoro konieczny jest jego upgrade do najnowszej wersji. Po drugie, po przeprowadzeniu wewnętrznych testów oprogramowania Odwołujący stwierdził, że nie jest możliwe przeprowadzenie instalacji oprogramowania HP Web Jetadmin na systemie operacyjnym Windows Serwer 2012 r., z uwzględnieniem procedury instalacyjnej określonej przez producenta. Każda próba dokonania instalacji z pominięciem tej procedury oznacza natomiast naruszenie zasad ustanowionych przez producenta (co może mieć

w szczególności konsekwencje w obszarze gwarancji czy serwisu), a także potwierdza, że oprogramowanie HP Web Jetadmin w wersji 10.3. nie jest dostosowane do pracy w środowisku Windows Serwer 2012. Po trzecie, jeżeli nawet Konsorcjum TA-POLAND,

obchodząc procedury instalacyjne producenta, zainstaluje oprogramowanie HP Web Jetadmin 10.3 w wersji z 11 lipca 2012 roku na systemie Windows Serwer 2012, to z całą pewnością nie nastąpi „automatyczny upgrade" tego oprogramowania do najnowszej wersji. W celu uzyskania oprogramowania HP Web Jetadmin w wersji nowszej (np. 10.3. SR8 spełniającej wymagania SIWZ), należy przeprowadzić pełen proces jej instalacji, co oznacza zainstalowanie nowego produktu, a nie upgrade istniejącego. Nie budzi natomiast wątpliwości, że w każdym przypadku jest to wersja inna, niż zaoferowana, w związku z czym Zamawiający nie ma podstaw do dokonania odbioru produktu. Powyższego wniosku nie zmienia przywołane w oświadczeniu HP Inc Sp. z o.o. wykorzystanie instalatora Focus Print, gdyż mechanizm instalacji wersji HP Web Jetadmin jest taki sam (konieczność instalacji aktualizacji). Jest bowiem oczywiste, że przedmiot świadczenia Wykonawcy zdefiniowany umową musi być tożsamy z przedmiotem zaoferowanym (art. 140 ust. 1 Ustawy), a z kolei należyte wykonanie zobowiązania oznacza dostarczenie produktu, który został zdefiniowany umową. Tak więc w przedmiotowym stanie faktycznym albo Konsorcjum TA-POLAND dostarczy oprogramowanie HP Web Jetadmin w wersji 10.3, które po jego instalacji spełni wszystkie wymagania SIWZ (co nie jest jednak możliwe), albo też nie wykona należycie zobowiązania. Instalacja oprogramowania innego, niż HP Web Jetadmin w wersji 10.3 z 11 lipca 2012 roku oznacza nienależyte wykonanie zobowiązania, a dodatkowo potwierdza, że oświadczenia w sprawie zgodności oferty z SIWZ, złożone w toku postępowania o udzielenie publicznego oraz przed Krajową Izbą Odwoławczą przez Konsorcjum TA- POLAND były nieprawdziwe.

Jeszcze raz należy podkreślić, że opisana niezgodność oferty z SIWZ dotyczy zarówno sytuacji, w której oprogramowanie HP Web Jetadmin w wersji 10.3. 5R8 zostałoby hipotetycznie dostarczone poprzez „automatyczny upgrade" (co jednak nie jest możliwe), jak i sytuacji, w której dla jego dostarczenia wymagana jest pełna instalacja tego właśnie produktu. W obu bowiem przypadkach jest oczywiste, że to nie zaoferowana wersja oprogramowania (10.3 z dnia 11 lipca 2012 roku) spełnia wymagania, a dopiero wersja najnowsza (10.3. SR8). Wersja nowsza to wersja inna niż zaoferowana, zatem równocześnie oznaczałoby to zmianę treści oferty po upływie terminu składania ofert, co jest sprzeczne z art. 87 ust. 1 zdanie drugie Ustawy. Ponadto nie jest wówczas wiadomym, jaka wersja faktycznie została zaoferowana. Po pierwsze jest to z oświadczeniem Konsorcjum TA-POLAND, które wskazało skonkretyzowaną wersję będącą przedmiotem jego oferty (wersja z 11 lipca 2012 roku). Po drugie jest sprzeczne z postulatem jednoznacznego zindywidualizowania przedmiotu oferowanego świadczenia, tj. wersji oprogramowania, aby Zamawiający miał jasność co do tego, oprogramowanie w jakiej wersji zostało mu zaoferowane. Postulat taki jednoznacznie wynika z wyroku KIO z dnia 24 sierpnia 2015 roku

zapadłym w niniejszym postępowaniu sygn. akt KIO 1645/15 KIO 1653/15. Izba zauważyła w nim: Jak to zostało ustalone Zamawiający oczekiwał odpowiednio dokładnego opisania oferowanego mu oprogramowania zarządzającego systemem druku - koniecznym było nie tylko określenie ogólnej nawy pod którą to oprogramowanie jest sprzedawane na rynku, ale niezbędnym było również wyraźne wskazanie na wersję tegoż oprogramowania tak aby Zamawiający miał jasność co do tego, oprogramowanie w jakiej wersji jest mu oferowane. Oczywistym jest bowiem to, że pod tą samą nazwą oprogramowania tego samego producenta, a różnymi jego wersjami, występują dzielące te wersje różnice - zapewniają one różne funkcjonalności. Gdyby te różnice nie występowały, traciłoby sens rozróżnianie kolejnych wersji - w takim przypadku byłby to de facto ten sam produkt. Wiedza powszechną jest to, że każdy producent oprogramowania dąży do udoskonalania swego produktu, tak aby odpowiadał on nowym oczekiwaniom rynku i korzystających z niego klientów. W takim przypadku, gdy na rynku występują różne wersje oprogramowania, a Zamawiający w sposób wyraźny wymagał rozstrzygnięcia tego, która z tych wersji jest mu oferowana, obowiązkiem

wykonawcy było złożenie wyraźniej deklaracji w tym zakresie. Takie jednoznaczne stanowisko pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować oświadczenie wykonawcy o spełnieniu przez oferowane oprogramowanie wymagań stawianych w SIWZ, a następnie na etapie realizacji zamówienia egzekwować należyte wykonanie zamówienia", str. 9 wyroku). Przyjęcie, że oświadczenie wykonawcy o zaoferowanej wersji oprogramowania może być dowolnie modyfikowane z powołaniem się na możliwość zmiany zaoferowanej wersji na wersję inną, np. poprzez potencjalny „upgrade" niweczyłoby opisany powyżej cel wymagania Zamawiającego odnośnie indywidualizacji wersji. Bezprzedmiotowa wówczas byłaby jakakolwiek ocena zgodności treści oferty z treścią SIWZ, skoro wersja wskazana w ofercie i wersja stanowiąca faktyczny przedmiot oferty nie byłaby tą samą wersją. Podkreślić należy, że zgodna z SIWZ musi być wersja, która w ofercie została podana, dla swojej zgodności nie może ona wymagać uprzedniej aktualizacji, czyli de facto zmiany na inną wersję niż zaoferowana. Wymaganie, aby Zamawiający miał jasność co do tego, oprogramowanie w jakiej wersji zostało mu zaoferowane nie mógłby zostać w żadnym razie osiągnięty.

Niezgodność z treścią SIWZ istnieje zatem niezależnie od możliwości przeprowadzenia „automatycznego upgrade'u". Opisany brak możliwości przeprowadzenia „automatycznego upgrade'u" jest okolicznością istotną, ponieważ oświadczenie o możliwości takiej operacji zostało wyraźnie złożone na poparcie tezy, iż oferowane oprogramowanie może niejako „automatycznie" zostać doprowadzone do zgodności z SIWZ, natomiast przeprowadzone testy wykazały, iż także to oświadczenie Konsorcjum TA Poland nie ma oparcia w faktach, gdyż dla wykonania „upgrade'u" konieczne jest przeprowadzenie instalacji nowego produktu.

1.8. Oświadczenie TA-POLAND na temat zaoferowanej wersji oprogramowania, jej zgodności z treścią SIWZ oraz sposobem realizacji zamówienia jest więc oczywiście nieprawdziwe. Jak wskazano powyżej, obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania wynika z art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy: Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie rozróżnia się bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo), istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością. Ustawa z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji, nie znajdziemy w treści ustawy, ani uprawnienia ani obowiązku skierowanego do zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia innych informacji. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, określony w ustawie w art. 26 ust. 3 p.z.p., stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowania spełnia.

Zamawiający dokonując oceny badania ofert w pierwszej kolejności zobowiązany jest do oceny wykazanego przez wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym miejscu zamawiający stwierdza czy informacje jakie zostały złożone są nieprawdziwe a następnie czy wykonawca spełnia opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunki udziału w postępowaniu.3

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, iż pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Oświadczenia TP-Poland nie może zatem w żaden sposób uznane za prawdziwe.

Podane przez Konsorcjum TA-Poland informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik

prowadzonego postępowania, ponieważ wprowadzają one Zamawiającego w błąd co do tego jaka wersja oprogramowania została faktycznie zaoferowana, zgodności zaoferowanej wersji z treścią S1WZ oraz spodziewanym sposobem realizacji zamówienia. W powołanym wyżej

wyroku Krajowa Izba Odwoławcza opowiedziała się za stanowiskiem twierdzącym, że wprowadzenie w błąd nie musi nawet wynikać z winy umyślnej. Wykluczeniem skutkuje zatem również wprowadzenie Zamawiającego w błąd wynikające z niedbalstwa wykonawcy:

Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji Sąd stwierdził, że w przypadku, gdy tak jak w rozstrzyganej sprawie; wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie "nieprawdziwe oświadczenia" odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących5.

W niniejszym przypadku oświadczenie Konsorcjum TA-POLAND nie nosi cech niedbalstwa, a świadomego działania mającego na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do rzeczywistej treści oferty Konsorcjum TA-POLAND, jej zgodności z wymaganiami SIWZ i sposobem wykonania zamówienia.

1.9. Jak wykazano powyżej, przywołane okoliczności uzasadniają także zarzut niezgodności oferty Konsorcjum TA-POLAND z treścią SIWZ, gdyż zaoferowana wersja z 11lipca 2012 roku nie spełnia wymagań SIWZ, a jakiekolwiek twierdzenia o dokonaniu „upgrade'u" są tożsame z zaoferowaniem innej wersji oprogramowania niż wskazana w ofercie. Uzupełnienie lub wyjaśnienie treści oferty poprzez podanie innej wersji oprogramowania zgodnie z faktycznym przedmiotem oferty - w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy - jest niedopuszczalne z uwagi na to, iż taka zmiana stanowiłaby dokonanie niedozwolonej zmiany w treści oferty. Tym samym twierdzenia, jakoby istniała możliwość zmiany

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. akt: KIO 2629/13 wersji zaoferowanej na inną nowszą w drodze aktualizacji jest niedopuszczalne. Byłoby tożsame zarówno ze zmianą treści oferty i negocjowaniem warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 zdanie drugie Ustawy, jak i zastąpienie wersji niezgodnej z wymaganiami SIWZ inną wersją, która nie została podana w ofercie.

Odwołujący wskazuje, że złożone przez Konsorcjum TA-POLAND dopiero na rozprawie oraz podtrzymane w wyjaśnieniach z dnia 8 października 2015 roku stanowcze oświadczenie, iż

zaoferowało wersję oprogramowania z dnia 11 lipca 2012 roku skutkuje także uznaniem braku jego kompatybilności z zaoferowanym sprzętem. Drukarki np. HP LaserJet Enterprise flow MFP M830, HP Cotor LaserJet Enterprise flow MFP M880z/M880z+ zaoferowane przez Konsorcjum TA-POLAND nie są wspierane przez HP Web Jetadmin 10.3. wersja z 11 lipca 2012 roku, lecz dopiero od wersji SR4 opublikowanej w październiku 2013 roku.

Powyższe okoliczności potwierdzają także naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) i 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum TA-POLAND podczas gdy złożył on nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego Postępowania oraz odrzucenia oferty TA-POLAND, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Dotyczy to także zarzutu naruszenia art.

8 ust. 3 Ustawy poprzez pozbawienie Odwołującego możliwości zapoznania się z istotnymi okolicznościami dla oceny oferty Konsorcjum TA-POLAND.”

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:
a. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty;

b. odtajnienie w pełnym zakresie wyjaśnień treści oferty Konsorcjum TA-POLAND złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy z dnia 6 października 2015 roku;
c. wykluczenie Konsorcjum TA-POLAND;
d. odrzucenie Konsorcjum TA-POLAND;
e. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert;
f. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu w całości.
Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TA-Poland Sp. z o.o., Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący). Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości.

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

Przystępujący wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ twierdził, że Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego oraz są spóźnione, jednak Izba oddaliła ten wniosek, a to z następujących powodów:
Po dopuszczeniu z urzędu dowodu z dokumentacji postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1645/15, 1653/15, Izba ustaliła, że rzeczywiście niektóre z zarzutów (zarzut dotyczący zaoferowania przez Przystępującego oprogramowania HD Web Jetadmin 10.3), zostały już rozstrzygnięte przez Izbę w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Niezależnie od tej okoliczności, skład orzekający w niniejszej sprawie stwierdził, że odwołanie zawiera również inne zarzuty, niewątpliwie wniesione w terminie, i nierozstrzygane wcześniej przez KIO (zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień, złożonych przez Przystępującego po wydaniu orzeczenia w sprawie sygn. akt KIO 1645/15, 1653/15). Ponieważ przepisy Prawa zamówień publicznych nie przewidują częściowego odrzucenia odwołania, Izba skierowała odwołanie do rozpatrzenia na rozprawie; w orzecznictwie powszechnie przyjęto, że zarzuty, w odniesieniu do których ustalono, że gdyby były samodzielnymi podstawami odwołania, powodowałyby odrzucenie odwołania, pozostaje się bez rozpoznania.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba ustaliła, co następuje:
1. W ofercie Przystępującego, na stronie 4, w formularzu przedmiotowym oferty, zaoferowano „oprogramowanie zarządzające systemem druku: Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., Focus Print wersja 2015.5.20.0, HP Web Jetadmin 10.3” (oryginał oferty Zamawiający okazał na rozprawie, kopia oferty i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy).

2. W postępowaniu odwoławczym KIO 1645/15, 1653/15 ustalono, jak wynika z uzasadnienia orzeczenia, że oznaczenie oprogramowania w ofercie Przystępującego jest wystarczające – oprogramowanie ,,HP Web Jetadmin 10.3" istnieje i nie wymaga dalszych

dookreśleń w ofercie. Powyższe stwierdzenie skład orzekający w niniejszej sprawie potraktował jako swoistą *res iudicata* i przyjął wcześniejsze ustalenia Izby za stanowcze i nie mogące być ponownie kwestionowane.
3. Odwołujący podważał wyrok KIO w drodze skargi. W skardze z dnia 14 września 2015 r. Odwołujący polemizował z rozstrzygnięciem Izby odnośnie oprogramowania HP Web Jetadmin 10.3, podtrzymując zarzut odnośnie istnienia wielu wersji oprogramowania HP Web Jetadmin 10.3, i konieczności dalszego doprecyzowania oprogramowania w ofercie, co uzasadniał tym, że nie każda z opisywanych przez niego wersji oprogramowania odpowiada wymogom Zamawiającego, wskazując, iż ,,producent oprogramowania HP Jetadmin 10.3 wprowadził wsparcie dla systemu Microsoft Windows Serwer 2012 dopiero w wersji HP Web Jetadmin 10.3. SR4" (skarga na wyrok sygn. akt KIO 1645/15, strona 8).

Na tej podstawie Izba stwierdziła, że zasadniczy zarzut rozpatrywanego odwołania, tj. zarzut dotyczący ewentualnej niezgodności z SIWZ zaoferowanego przez Odwołującego oprogramowania HP Web Jetadmin 10.3 jest spóźniony, a ponadto był przedmiotem wcześniejszego rozstrzygnięcia przez Izbę (zatem jeżeli byłby jedyną podstawą odwołania, odwołanie podlegałoby odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych). Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że dopiero na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2015 r. w postępowaniu KIO 1645/15 dowiedział się, że Przystępujący zaoferował oprogramowanie ,,HP Web Jetadmin 10.3". W tym brzmieniu Przystępujący bowiem określił oferowane oprogramowanie w treści oferty, po jej złożeniu nic do tak podanej wersji oprogramowania nie dodawał – nie dookreślał zaoferowanej wersji przez podanie kolejnych znaków alfanumerycznych. Zatem zarzuty dotyczące ewentualnej zgodności oprogramowania HP Web Jetadmin 10.3 nie mogły podlegać rozpoznaniu w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Na powyższe ustalenie nie może mieć wpływu fakt, że Odwołujący wycofał skargę na wyrok sygn. akt KIO 1645/15.

Co najmniej część pozostałych zarzutów odwołania była konsekwencją zarzutu dotyczącego oprogramowania HP Web Jetadmin 10.3 – tj. zarzut podania nieprawdziwych informacji przez Przystępującego w odniesieniu do oprogramowania HP Web Jetadmin 10.3 i zarzut zaniechania wykluczenia go z tego powodu z postępowania. Izba nie znalazła podstaw do uznania, że Przystępujący podał nieprawdziwe informacje co do właściwości zaaferowanego oprogramowania. W ocenie Izby nie może być przesądzająca w tym względzie prezentacja dokonana na wniosek Odwołującego, w ramach której na rozprawie zaprezentowano film z płyty CD złożonej przez Odwołującego do akt sprawy, z której miało wynikać, że instalacja oprogramowania ,,HP Web Jetadmin 10.3" dla systemu Microsoft Windows Serwer 2012 nie jest możliwa. Niezależnie od tego, że tak sformułowany zarzut jest spóźniony - jako jedynie konsekwencja zarzutu dotyczącego oprogramowania HP Web

Jetadmin 10.3 - Izba zauważyła, że ani Zamawiający, ani Przystępujący nie polemizowali, że podjęcie standardowej próby instalacji oprogramowania HP Web Jetadmin 10.3 dla systemu Microsoft Windows Serwer 2012 może zakończyć się niepowodzeniem. Zamawiający przyznał, że pierwsza podjęta przez niego samodzielna próba instalacji oprogramowania się nie powiodła, dlatego zwrócił się do Przystępującego z wnioskiem z dnia 6 października 2015 r. o złożenie wyjaśnień. Przystępujący złożył wyjaśnienia, z zastrzeżeniem, że stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, zawierające instrukcję instalacji, z załączeniem print screenów z kolejnych kroków koniecznych działań. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że instalacja zgodnie z instrukcją Przystępującego zakończyła się powodzeniem. W ocenie Izby powyższe okoliczności potwierdzają, że informacje zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa - skoro nie powiodła się standardowa próba instalacji, a powiodła się próba zgodna z instrukcjami znanymi Przystępującemu. Zatem Izba nie znalazła powodów, aby nakazać Zamawiającemu odtajnienie tychże wyjaśnień. Niezależnie od powyższego, można zaakceptować pogląd

Przystępującego, zaprezentowany na rozprawie, o braku wpływu ewentualnego odtajnienia wyjaśnień na wynik postępowania.

Izba nie stwierdziła również, aby Przystępujący zmieniał stanowisko odnośnie oferowanego przez siebie przedmiotu świadczenia, co wielokrotnie podnosił Odwołujący na rozprawie – oświadczenia Przystępującego, czy oferuje oprogramowanie ,,HP Web Jetadmin 10.3" czy, że jest ono oferowane w konfiguracji w oprogramowaniem Focus Print, było każdorazowo skorelowane z zarzutami formułowanymi przez Odwołującego i stanowiło odpowiedź na podnoszone przez Odwołującego zastrzeżenia. Izba dostrzegła, że niewątpliwie z oferty Przystępującego wynikało, że zaoferował on „oprogramowanie zarządzające systemem druku: Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., Focus Print wersja 2015.5.20.0, HP Web Jetadmin 10.3", a Odwołujący nie tylko nie udowodnił, że tak opisanie oprogramowanie (po dwukropku) nie spełnia wymogów Zamawiającego, ale nawet w istocie nie podnosił takiego zarzutu (jego zastrzeżenia dotyczyły składników oprogramowania, oddzielonych przecinkami).

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono 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 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:

……