

Sygn. akt: KIO 2429/15
Sygn. akt: KIO 2439/15

WYROK
z dnia 27 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 6 listopada 2015 r. przez:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E., z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 2429/15),
- B. **IMMITIS Sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy** (sygn. akt KIO 2439/15)

w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Zarząd Służby Więziennej, z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy

- A. **IMMITIS Sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2429/15 po stronie Zamawiającego
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E., z siedzibą w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2439/15 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala oba odwołania;

1

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E., z siedzibą w Warszawie oraz IMMITIS Sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **IMMITIS Sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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 2429/15

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Zarząd Służby Więziennej, z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „Dostawa zestawów komputerowych oraz komputerów przenośnych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 sierpnia 2015 r. pod numerem 2015/S 147-270212.

W dniu 28 października 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców w części IV o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo usługowe „Piomar” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie. Zamawiający zawiadomił jednocześnie o odrzuceniu oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o dodatkowe przyczyny stały się m. in. podstawą wniesienia odwołań o sygn. akt KIO 2429/15 oraz KIO 2439/15.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2429/15

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo usługowe „Piomar” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (zwani dalej: „Odwołującym Intaris”) w dniu 6 listopada 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli w części IV odwołanie na czynność zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, wskazując na dodatkowe przyczyny odrzucenia tej oferty, jak również konieczność ujawnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa określonych dokumentów złożonych przez wykonawcę IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu.

Podważając czynność Zamawiającego Odwołujący Intaris zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

3

- 1) art. 8 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieujawnienie części ofert wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w zakresie dokumentów, oświadczeń oraz egzemplarza oferowanego komputera, pomimo braku wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, t.j. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż – w ocenie Odwołującego Intaris – Zamawiający niezasadnie odmówił wglądu w część oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy z uwagi na niezgodność tej oferty z SIWZ;
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, t.j. niewskazanie w treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wszystkich nieprawidłowości stwierdzonych w ofercie wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy.

W związku z powyższym, Odwołujący Intaris wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w oparciu o dodatkowe przyczyny odrzucenia oferty.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2439/15

Wykonawca IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (zwany dalej: „Odwołującym *Immitis*”) w dniu 6 listopada 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył w części IV odwołanie na czynność odrzucenia oferty ww. wykonawcy oraz w konsekwencji na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo usługowe „Piomar” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie, zarzucając naruszenie art. 7, 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący *Immitis* wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności Zamawiającego - czynności odrzucenia oferty Odwołującego *Immitis* oraz wyboru oferty najkorzystniejszej: oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo usługowe „Piomar” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie.

4

W dniu 28 października 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców w części IV o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo usługowe „Piomar” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie. Zamawiający zawiadomił jednocześnie o odrzuceniu oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. W uzasadnieniu odrzucenia wskazał, iż „z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę *Immitis* Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy układ TPM został trwale i nierozdzielnie zintegrowany ze złączami płyty głównej. Twierdzenie to już w swej istocie określa, iż połączenie to nie zostało zaprojektowane i wykonane na etapie jej produkcji. Niezależnie od etymologii stwierdzenia „zintegrowany”, które to stwierdzenie na potrzeby informatyczne nie zostało dotychczas jednoznacznie określone, to należy stwierdzić, iż elementy zintegrowane z płytą główną to te, dla których producent nie lokuje gniazd, a łączy je bezpośrednio ze ścieżką/ścieżkami zadrukowanymi na płycie. Przykładem może być zintegrowanie karty graficznej, która połączona jest z płytą główną nie za pomocą osadzenia w gnieździe, a jest bezpośrednio wstawiana w schemat tejże płyty”.

Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o dodatkowe przyczyny stały się m. in. podstawą wniesienia odwołań o sygn. akt KIO 2429/15 oraz KIO 2439/15.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie obu odwołań Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba uznała skuteczność zgłoszenia przystąpienia następujących wykonawców:

- 1) wykonawcy IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2429/15 po stronie Zamawiającego;

5

-
- 2) wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2439/15 po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, iż oba odwołania należy uznać jako niezaskłujące na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania odwoławczego jest postępowanie pn: „Dostawa
1830 zestawów komputerowych
oraz komputerów przenośnych. Część IV zamówienia:
zestawów komputerowych, których szczegółowy opis stanowi załącznik nr 1 do umowy”.
/dokumentacja postępowania: Pkt II SIWZ „Przedmiot zamówienia”, str. 1/48/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:
Pkt V „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie należy dołączyć do oferty w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Ppkt 27 – po jednym egzemplarzu oferowanych komputerów. Dla części I, II, III, V komputer przenośny oraz zestaw komputerowy dla części IV. Dostarczone wraz z ofertami komputery zamawiający zwróci wykonawcom po upływie terminu na wniesienie odwołania. Komputery dostarczone przez wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa, zostaną zwrócone po zrealizowaniu dostaw, będących przedmiotem zamówienia. Koszty związane z dostawą oraz egzemplarza testowego oferowanego sprzętu ponosi Wykonawca.
/dokumentacja postępowania: Pkt V SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie należy dołączyć do oferty w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”, ppkt 27, str. 4-5/48/.

Załącznik nr 1 do umowy – formularz ofertowy dla IV części zamówienia – specyfikacja zestawu komputerowego:

Pkt 9 – Bezpieczeństwo – zintegrowany z płytą główną dedykowany układ sprzętowy służący do tworzenia i zarządzania wygenerowanymi przez komputer kluczami szyfrowania. Zabezpieczenie to musi posiadać możliwość szyfrowania poufnych dokumentów przechowywanych na dysku twardym przy użyciu klucza sprzętowego.

6

/dokumentacja postępowania: Załącznik nr 1 do umowy – formularz ofertowy dla IV części zamówienia – specyfikacja zestawu komputerowego, pkt 9 - Bezpieczeństwo, str. 25/48/.

Pkt 14 – Wymagania dodatkowe – 4. Płyta główna zaprojektowana i wyprodukowana na zlecenie producenta komputera, trwale oznaczona na etapie produkcji logiem producenta oferowanej jednostki dedykowana dla danego urządzenia, wyposażenia w: - min. 1 złącze PCI Express x 16, min. 1 złącze PCIe x 1, min. 2 złącza DIMM z obsługą do 16GB pamięci RAM.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. obaj Odwołujący złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

1. IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy – oferta odrzucona;
2. Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą w Warszawie – 93 pkt.

/dokumentacja postępowania: Zawadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 października 2015 r./.

Wykonawca IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy do swojej oferty dołączył m. in. Załącznik nr 1 do umowy – formularz ofertowy dla IV części zamówienia – specyfikację zestawu komputerowego. Wykonawca ten złożył również po jednym egzemplarzu oferowanych komputerów.

/dokumentacja postępowania: oferta wykonawcy IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, str. 44/

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w dniu 19 października 2015 r. uzupełnił zestaw komputerowy oraz wyjaśnił

treść złożonej oferty. Powyższe wyjaśnienia wykonawca zastrzegł, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy z dnia 19 października 2015/

Zamawiający w dniu 28 października 2015 r. w części IV dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą w Warszawie.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 października 2015 r./.

7

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy: 1) IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (odwołanie o sygn. akt KIO 2429/15); 2) Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą w Warszawie (odwołanie o sygn. akt KIO 2439/15).

/dokumentacja postępowania: Odwołania wykonawcy IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (odwołanie o sygn. akt KIO 2429/15) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą w Warszawie (odwołanie o sygn. akt KIO 2439/15) z dnia 6 listopada 2015 r. /.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania Odwołujący Intaris złożył oświadczenie o cofnięciu niektórych zarzutów zawartych w jego odwołaniu, t.j. zarzut nr 2 odwołania, to jest zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy KTK Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w zakresie zarzutu nr 3 cofa podzarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w oparciu o dodatkowe przyczyny, cofa również zarzut nr 4 dotyczący wykonawcy KTK Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jak również zarzut nr 5 dotyczący wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie oraz zarzut nr 7 w konsekwencji cofnięcia zarzutu nr 2.

/dokumentacja postępowania: Protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 23 listopada 2015 r., str. 4/.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2429/15

Izba stwierdziła, że Odwołujący Intaris nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek wynikających z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone.

Nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. dokonano implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych. W świetle

8

art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Państwa Członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Powyższy przepis dyrektywy odwoławczej znalazł swoje odzwierciedlenie w treści art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu

podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niniejszy przepis ustawy uległ zmianie w szczególności poprzez rezygnację przez ustawodawcę z interesu prawnego na rzecz pojęcia – „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”. W świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże, łącznie spełnienie następujących przesłanek, t.j. wykaże, że:

1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz

2) poniósł lub może ponieść szkodę

a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż ustawodawca posługuje się pojęciem „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, co oznacza że Odwołujący zobowiązany jest do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, t.j. wykazania, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu posiada potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do konkretnego postępowania w konkretnym stanie faktycznym. Ponadto, na co wskazuje treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący jednocześnie zobowiązany jest do wykazania, że poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba w pełni podziela i uznaje za własny pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 15 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2607/10 oraz KIO 2613/10. W niniejszym wyroku zaznaczono, iż ani w kodeksie cywilnym ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Trafny wydaje się jednak pogląd ugruntowany w doktrynie i

orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. W piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Ponadto w świetle wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

W świetle powyższego, Odwołujący Intaris - w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w oparciu o dodatkowe przyczyny jej odrzucenia – biorąc jednocześnie pod uwagę, iż za najkorzystniejszą w części IV została uznana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą w Warszawie (zatem oferta Odwołującego Intaris), zaś jednocześnie odrzucona została oferta wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy - wykazał co najwyżej szkodę ewentualną, która na gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna. Szkoda ewentualna oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia.

Wskazując na przywołaną argumentację zauważyć należy, że wniesione przez

wykonawcę IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy odwołanie nie może rozszerzać interesu Odwołującego Intaris, nie mogą również wpływać na ten interes czynności procesowe innych uczestników postępowania. Należy zauważyć, że oba odwołania są odrębnymi środkami ochrony prawnej, pomimo połączenia tych spraw, każde z odwołań może być cofnięte, może być również uwzględnione, na interes nie może mieć wpływu również zarządzenie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o wspólnym rozpoznawaniu spraw, a w tym przypadku – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, t.j. co do odrzucenia oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy - inni wykonawcy posiadają

10

prawo przystąpienia po stronie Zamawiającego (w tym przypadku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą w Warszawie) i tym samym bronięcia zasadności podstaw odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego Immitis. Zatem wykonawca nie jest pozbawiony prawnej możliwości bronięcia swych racji w postępowaniu odwoławczym jak i skargowym, a stając się uczestnikiem postępowania – w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego, posiada uprawnienie do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu.

Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę, iż Odwołujący Intaris nie wykazał interesu oraz poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody, powyższe prowadzi do wniosku, iż Odwołujący Intaris w zakresie zarzutów sformułowanych wobec oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek.

Mając powyższe na względzie w opisanym stanie faktycznym skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący Intaris nie legitymował się interesem w uzyskaniu zamówienia w korzystaniu z środków ochrony prawnej, o których stanowi treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nawet gdyby uznać argumentację Odwołującego Intaris – w tym w szczególności dotyczącą podania wszystkich powodów odrzucenia w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, przekazanej wykonawcom, jak również dotyczącą udostępnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej przez wykonawcę IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy - to należy pamiętać, że Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględni odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem uwzględnienie odwołania może nastąpić nie tylko w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek naruszeń, uchybień ze strony Zamawiającego, a jedynie takich, które mają lub mogą mieć istotny wpływ na wynik tego postępowania, t.j. w tym wypadku wynik rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty w części IV (oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą w Warszawie). Ponadto zauważenia również wymaga, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o., P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. J. S. M., S. E. z

11

siedzibą w Warszawie, w swym odwołaniu nie żądali unieważnienia czynności wyboru ich oferty – co jest oczywiste. Jednak wobec treści przepisu art. 192 ust. 3 ustawy Pzp uwzględniając odwołanie – jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności Zamawiającego. Zatem unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty byłoby sprzeczne z żądaniem Odwołującego Intaris, zawartym w złożonym odwołaniu i w konsekwencji sprzeczne - w swej istocie - z interesem tego Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2439/15

Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy z postępowania. Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby należy przychylić się do stanowiska Zamawiającego – który wobec treści postanowień SIWZ, w szczególności Załącznika nr 1 do umowy – formularza ofertowego dla IV części zamówienia – specyfikacja zestawu komputerowego, pkt 9 – Bezpieczeństwo – który uznał, iż z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na to, że Zamawiający jako służba więzienna posiada bazy danych osób pozbawionych wolności, a dane te posiada w szerszym zakresie i są to dane wrażliwe dotyczące konkretnych osób, nie tylko ich numery PESEL, nie tylko informacje dotyczące karalności, ale także informacje odnoszące się do stanu zdrowia skazanych, Zamawiający – podkreślając wagę postanowienia pkt 9 Bezpieczeństwo - nie może pozwolić sobie, aby dane te w jakikolwiek sposób utracić, dlatego też istotnym dla Zamawiającego było zaoferowanie dedykowanego układu sprzętowego zintegrowanego z płytą główną, a nie modułu bądź karty, którą można wpiąć lub wypiąć z istniejącego gniazda. Wypięcie modułu

12

zaoferowanego mogłoby pośrednio doprowadzić do jego utraty, wpięcia w inny układ i odczytania danych wrażliwych, wraz z dyskiem twardym, co przeczyłoby bezpieczeństwu właściwego chronienia i przechowywania tych danych. Zamawiający obawiał się również sytuacji w której doszłoby do zniszczenia modułu, który wrażliwy jest na mechaniczne uszkodzenia i w konsekwencji zniszczenia takich danych. Odwołujący Immitis wyjaśnieniami i stanowiskiem wyrażonym w piśmie z 19 października 2015 r. z jednoczesnym uzupełnieniem próbki z doklejonym pudełkiem na TPM potwierdził brak integracji. Zatem brak powyższej integracji potwierdzono złożonymi próbkami, które nie potwierdzały wymagań Zamawiającego dotyczących zintegrowania z płytą główną dedykowanego układu sprzętowego służącego do tworzenia i zarządzania wygenerowanymi przez komputer kluczami szyfrowania. Zabezpieczenie to musiało posiadać możliwość szyfrowania poufnych dokumentów przechowywanych na dysku twardym przy użyciu klucza sprzętowego. Wobec powyższego dopuszczenie sprzętu, który nie byłby w sposób właściwy zintegrowany, było sprzeczne z postanowieniami Załącznika nr 1 do umowy – formularza ofertowego dla IV części zamówienia – specyfikacji zestawu komputerowego, pkt 9 zatytułowanego „Bezpieczeństwo”, i w konsekwencji narażałoby Zamawiającego na owe niebezpieczeństwo utraty bądź uszkodzenia danych wrażliwych.

W konsekwencji – Izba zapoznając się z postanowieniami specyfikacji – w tym również po przeanalizowaniu celu zapisu wymogu pkt 9 Załącznika nr 1 do umowy – formularza ofertowego dla IV części zamówienia, uznała, że decyzja Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty wykonawcy IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp była zasadna w świetle postawionych przez Zamawiającego wymagań w specyfikacji.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

13

Przewodniczący:

.....