

WYROK
z dnia 5 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2015 r. przez **wykonawcę: Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy: Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę: Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie** 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 2013 r., poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r., poz. 423, 768, 811,

1

915, 1146 i 1232) 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:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Projektów Informatycznych 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 2013 r., poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r., poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „Zapewnienie *infrastruktury sprzętowej na potrzeby utrzymania systemów informatycznych ePUAP2 oraz PZ/DT*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca - Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 21 września 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wobec złożenia przez tego

wykonawcę nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy m. in. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jako niezgodnej z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, (zwanej dalej również „SIWZ”) oraz zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący zażądał również odtajnienia części dokumentacji zastrzeżonej przez Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m. in. naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, nakazanie wykluczenia wykonawcy Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 oraz 90 ust. 3 ustawy Pzp, nakazanie Zamawiającemu odtajnienie dokumentacji zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

3

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

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 22 września 2015 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2015 r.) wykonawcy Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania odwoławczego jest postępowanie pn: „Zapewnienie infrastruktury sprzętowej na potrzeby utrzymania systemów informatycznych ePUAP2 oraz PZ/DT”.

/dokumentacja postępowania: Pkt 4 „Przedmiot zamówienia”, ppkt 4.1 SIWZ, str. 2/.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1 do SIWZ.
/dokumentacja postępowania: „Opis przedmiotu zamówienia” – Załącznik nr 1 do SIWZ, str. 1 i n./

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

4

Pkt 6. Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny spełniania tych warunków, ppkt 6.1: Wykonawca musi wykazać się niezbędną wiedzą i doświadczeniem, t.j. należyty

wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch dostaw obejmujących serwery, o wartości każdej z tych dostaw co najmniej 2 mln zł brutto.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący jak i Przystępujący złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

1. Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – punktacja w kryterium cena brutto oferty: 79,00 pkt; punktacja w kryterium liczba miesięcy dodatkowej gwarancji na dostarczony sprzęt – 21,00 pkt; łączna punktacja: 100 pkt;
2. Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie - punktacja w kryterium cena brutto oferty: 65,15 pkt; punktacja w kryterium liczba miesięcy dodatkowej gwarancji na dostarczony sprzęt – 21,00 pkt; łączna punktacja: 86,15 pkt.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11 września 2015 r./.

Przystępujący do swojej oferty dołączył m. in. wykaz wykonanych dostaw, zawierający dostawę serwerów blade o wartości: 2.747.220,50 zł zrealizowaną na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, jak również referencję dotyczącą ww. zamówienia. Z referencji tej wynikało, że przedmiotowe zamówienie publiczne obejmowało m. in. dostawę infrastruktury serwerowej blade wraz z oprogramowaniem, macierzami dyskowymi i 3-letnim wsparciem technicznym.

/dokumentacja postępowania: oferta wykonawcy Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, str. 31 oraz 35/

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 8 września 2015 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia czy wartość serwerów będących przedmiotem dostawy wskazanej w poz. 2 w Wykazie dostaw (str. 31 oferty) wynosi co najmniej 2 mln złotych brutto.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie do wyjaśnień z dnia 8 września 2015 r./.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący w dniu 9 września 2015 r. wyjaśnił i potwierdził, że wartość serwerów będących przedmiotem dostawy wskazanej w poz. nr 2 „Wykazu wykonanych dostaw” (str. 31 oferty) przekracza wartość 2 milionów złotych brutto.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy z dnia 9 września 2015/

5

W dniu 8 września 2015 r. na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące zaoferowanej – przez Przystępującego - ceny. Ponadto ww. wykonawca zastrzegł niniejsze wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednocześnie składając stosowne wyjaśnienia dotyczące zasadności zastrzeżenia przez niego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 11 września 2015 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11 września 2015 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie w dniu 21 września 2015 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie z dnia 21 września 2015 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego - postawiony Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, sprowadzający się do twierdzenia, iż w niniejszym postępowaniu

zostały złożone nieprawdziwe informacje - wobec przedstawionej argumentacji - należy uznać za niezasadny. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej – wobec przedstawionej argumentacji oraz złożonych dowodów – nie potwierdził się zarzut dotyczący złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji oraz w konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Należy zauważyć – co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie - iż katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Pzp skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco. Wystąpienie którejkolwiek z przesłanek obliguje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jedną z przesłanek, mieszczącą się w powyższym katalogu, skutkującą wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest złożenie nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy

6

Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące elementy: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie faktu złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie – ustalić, czy te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza dokonała analizy powyższego stanu faktycznego i w jej opinii zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się w zgromadzonym materiale dowodowym. W ocenie Izby niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też inne rozumienie postanowień SIWZ nie można automatycznie utożsamiać ze złożeniem przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby – wobec przyjętego przez Zamawiającego brzmienia postanowień SIWZ – w niniejszym postępowaniu dopuszczalnym było przyjęcie interpretacji przedstawionej przez Przystępującego. Zgodzić należy się z Przystępującym, iż w niektórych wypadkach nie ma możliwości oddzielenia infrastruktury technicznej, środowiska informatycznego od ogólnie rozumianej dostawy, urządzeń technicznych, serwera. Zamawiający niniejszy warunek – a dokładnie dostawę serwerów – rozumiał jako funkcjonalną całość. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że trudno byłoby przyjąć dostawę serwerów bez jej zabudowy. Inne rozumienie wymagań Zamawiającego przeczyłoby istocie postawionego warunku i pozbawiałoby niniejsze dostawy funkcjonalnego charakteru jako pewnej całości. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że działanie Przystępującego było w jakikolwiek sposób celowe i miało wprowadzać Zamawiającego w błąd i umożliwić uzyskanie zamówienia na podstawie nieprawdziwych danych. Zgodnie z Dyrektywą 2004/18/WE wykonawcę wyklucza się jeżeli „jest *on winny poważnego wprowadzenia w błąd*”. W ocenie Izby nie wykazano, że sytuacja taka miała miejsca w prowadzonym postępowaniu.

Ponadto Izba zauważa, że Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców ryzyka wynikającego z odmiennego rozumienia postawionego w postępowaniu warunku. Wobec powyższego Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Inna interpretacja postawionych wymagań w zakresie warunków udziału nie może być utożsamiana ze złożeniem nieprawdziwych informacji w postępowaniu, a jakiegokolwiek wątpliwości i niejasności nie mogą przesądzać o zamiarze złożenia nieprawdziwych informacji. Podstawą argumentacji zawartej w

7

uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie może być też wyłącznie przypuszczenie, czy też domniemanie Zamawiającego wynikające z działań podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Należy pamiętać, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania, że zostały złożone nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik niniejszego postępowania (podobnie

wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie, Wydział II Cywilny Odwoławczy z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12).

Izba przypomina, że złożenie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w innych wypadkach wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie może doprowadzić do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych; t.j. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09), wskazujący, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania.

Zatem w konsekwencji – wobec przedstawionej argumentacji - nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że w niniejszym postępowaniu zostały złożone nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik tego postępowania. Wobec powyższego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w ocenie Izby zarzut ten również nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym. Przede wszystkim – co jest istotne – Zamawiający nie wymagał na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dodatkowych dokumentów i oświadczeń odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wymagał również szczegółowych oświadczeń – poza jedynym, ogólnym oświadczeniem zawierającym się w treści formularza – a dotyczącym gwarancji i opisu przedmiotu zamówienia. Argumentacja Odwołującego oparta jest wyłącznie na przypuszczeniach w tym przedmiocie, iż to co zostanie w przyszłości zaoferowane, dostarczone Zamawiającemu nie spełni postawionych przez niego wymagań.

8

Analogicznie – jak w przypadku poprzedniego zarzutu - Izba uznała, że zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oparty został wyłącznie na przypuszczeniach Odwołującego, który nie znał treści złożonych wyjaśnień, z uwagi na zastrzeżenie ich treści tajemnicą przedsiębiorstwa. Wobec złożonych dowodów, w ocenie Izby nie zostało wykazane przez Odwołującego, że tylko dwóch producentów spełnia wymagania Zamawiającego w spornym zakresie. Ponadto wobec bardzo ogólnego wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie można przesądzić o tym czy złożone wyjaśnienia są wyczerpujące. Zauważenia również wymaga to, że Przystępujący złożył Zamawiającemu szczegółową kalkulację – która wobec zapytania Zamawiającego była wystarczająca i rozwiewała wątpliwości Zamawiającego. Zatem nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto Izba nie brała pod uwagę dowodów złożonych przez Przystępującego – m. in. oświadczenia z dnia 8 sierpnia 2015 r. – z uwagi, iż złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w swej treści – wobec wezwania Zamawiającego - były wyczerpujące. Nie można również zgodzić się z Odwołującym co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wobec przyjętej przez Zamawiającego konstrukcji SIWZ – t.j. braku wymagań co do dokumentów odnoszących się do oferowanego przedmiotu zamówienia.

Nie potwierdził się również zarzut odnoszący się do art. 8 ustawy Pzp, t.j. co do zasadności zastrzeżenia wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z dyspozycją art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne

działania w celu zachowania ich poufności.

Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

9

3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Ponadto pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

Dodatkowo można zgodzić się - w szczególności w niniejszej sprawie - że informacje zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nagromadzenie ich, w jednym dokumencie, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba dała tym samym wiarę wyjaśnieniom Przystępującego, że złożone przez nich wyjaśnienia – biorąc pod uwagę specyfikę niniejszej sprawy oraz przedmiotu zamówienia - stanowią wyjątkowy zbiór informacji dających podstawę do zastrzeżenia całości jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę całokształt informacji, które zostały przekazane Zamawiającemu w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach można uznać – jak również uwzględniając specyfikę tego zamówienia – iż zostały spełnione przesłanki uzasadniające zastrzeżenie wskazanych tam informacji – jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Izby całokształt tych informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego i informacje te jak najbardziej mogą stanowić wartość gospodarczą.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

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

10

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:

.....

11