Sygn. akt: KIO 322/11

WYROK
z dnia 4 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCUS S.A., Consortia Sp. z o.o., 00-180 Warszawa, ul. Miła 2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Łódzkie, 90-051 Łódź, al. Piłsudskiego 8**

przy udziale **Comp S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Województwu Łódzkiemu, 90-051 Łódź, al. Piłsudskiego 8 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec Comp S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z zastosowaniem trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec Comp S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116 oraz udostępnienie informacji zastrzeżonych przez Comp S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116 jako tajemnica przedsiębiorstwa: licencji, wykazu oferowanego sprzętu oraz nieudostępnionych dotychczas dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw;

---

2. Kosztami postępowania obciąża **Województwo Łódzkie, 90-051 Łódź, al. Piłsudskiego 8** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zer groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCUS S.A., Consortia Sp. z o.o., 00-180 Warszawa, ul. Miła 2**

2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Województwo Łódzkie, 90-051 Łódź, al. Piłsudskiego 8** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCUS S.A., Consortia Sp. z o.o., 00-180 Warszawa, ul. Miła 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi.**

Przewodniczący:
……

Sygn. akt KIO 322/11

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Łódzkie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na

podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „zakup, instalacja i wdrożenie: serwerów systemu obiegu dokumentów, oprogramowania portalu, systemu archiwizacji i backupu, oprogramowania antywirusowego, infomatów, aktywnych urządzeń sieciowych (firewall przełącznik dostępowy, router) oraz szkoleń dla projektu Budowa Zintegrowanego Systemu e-Usług Publicznych Województwa Łódzkiego (Wrota Regionu Łódzkiego)".

10 lutego 2011 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Comp S.A. w Warszawie.
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ARCUS S.A. w Warszawie (lider konsorcjum) oraz Consortia Sp. z o.o. w Warszawie wnieśli odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 lutego 2011 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż treść oferty COMP S.A. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w rezultacie zaniechanie odrzucenia jego oferty i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej;
2) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę, który winien być wykluczony z postępowania;
3) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania COMP S.A., pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy;
4) art. 26 ust. 3 Pzp przez bezzasadne uznanie, iż COMP S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie wezwania do uzupełnień;
5) art. 8 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady jawności postępowania;
6) art. 8 ust. 2 Pzp przez nadużycie uprawnienia zamawiającego do ograniczenie jawności postępowania co do „informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa" i utajnienie części

oferty COMP S.A. nie stanowiącej takiej informacji w zw. z wadliwym interpretowaniem pojęcia „informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa",
7) art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez niewłaściwe zastosowanie art. 8 ust. 3 i przyjęcie niezgodnie z art. 11 ust. 4 wskazanej wyżej ustawy, że:
- koncepcja proponowanego rozwiązania;
- załącznik nr 9 - formularz opisu przedmiotu zamówienia sporządzany przez wykonawcę, zadanie 1, 2, 3 , 4, 5, 6 są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, które mogą być zastrzeżone jako nie przeznaczone do ujawniania;
8) art. 86 ust. 4 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że COMP S.A. może żądać utajnienia każdej informacji nie stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa, a która nie będzie dotyczyła: nazwy firmy, adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania, okresu gwarancji i warunków płatności.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez COMP SA i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
Z ostrożności procesowej odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert oraz wezwania wykonawcy COMP SA. do uzupełnienia dokumentów spełnianie warunków w oraz o nakazanie potwierdzających udziału postępowaniu zamawiającemu uchylenia zastrzeżenia dot. nieudostępniania informacji dotyczących wykaz robót i referencji oraz wykazu sprzętu i wykazu osób którymi wykazuje się COMP SA. na potwierdzenie spełniania warunku możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez COMP SA, wyłączenia zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji oraz umożliwienia zapoznania się z ich treścią odwołującemu.
W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że, oferta COMP S.A. jest niezgodna z specyfikacją istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż

oferowany sprzęt nie spełnia warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

1. w odniesieniu do wymagań dotyczących serwera typu B w zadaniu I – zaoferowane procesory Intel Xeon X5670 2,93Ghz w testach wydajnościowych SPECint_rate_2006 w pozycji Base w kolumnie Results osiągają wartość 316 punktów - nie zaś wymaganych min. 340 punktów;
2. w odniesieniu do wymagań dotyczących modułu serwerowego typu A oraz modułu serwerowego typu B w zadaniu I - zaoferowane procesory Intel Xeon X5680 3,33Ghz, w testach wydajnościowych SPECint_rate_2006 w pozycji Base w kolumnie Results osiągają wartość 337 - nie zaś wymaganych min 340 punktów. Ponadto procesor Intel Xeon X5680 3,33Ghz charakteryzuje się poborem mocy 130W - nie spełnia wymagań określających maksymalny pobór mocy dla procesora

max 95W;

3. w odniesieniu do wymagań dotyczących modułu serwerowego typu C - zaoferowane procesory Intel Xeon X5680 3,33Ghz w testach wydajnościowych SPECint_rate_2006 w pozycji Base w kolumnie Results osiągają wartość 337 - nie osiągają wymaganych min. 340 punktów. Procesor Intel Xeon X5680 3,33Ghz charakteryzuje się poborem mocy 130W nie spełnia wymagań określających maksymalny pobór mocy dla procesora max 95W.

Odwołujący wskazał, że COMP S.A. zaoferował przełącznik marki Juniper Networks nie istniejącej w ofercie tego podmiotu serii EX400. Podniósł, że Juniper Networks posiada w ofercie urządzenia serii EX4000, zatem przyjąć należy, że zaoferowano urządzenia serii EX4000 i w ofercie popełniono błąd pisarski. Odwołujący stwierdził, że w ramach serii EX 4000 Juniper Networks dostępne są modele: EX4200 oraz EX4500, z których żaden nie spełnia wymagań zamawiającego.

Podniósł, że model EX 4200 nie spełniałaby wymagań określonych na stronie 61 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż urządzenie nie posiada portów XFP i SFP+, nie umożliwia instalacji dodatkowych modułów, posiada wyłącznie chłodzenie boczne, nie posiada wymaganej wydajności matrycy przełączającej (min. 960 Gb/s) i wydajności przełączania przynajmniej 714 Mpps (posiada wydajność kilkukrotnie niższą) oraz nie obsługuje funkcjonalności PBR.

Natomiast w razie zaoferowania modelu EX 4500 oferta nie spełniałaby wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż urządzenie nie obsługuje funkcjonalności PBR i funkcjonalności DHC snooping. Nadto obsługiwana w ramach oferowanego przełącznika EX4500 funkcjonalność „Routing policy" warstwy 3 protokołu IPv4 nie jest tożsama z wymaganą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia SIWZ „Policy Based Routing".

Odwołujący zarzucił, że COMP S.A. złożył nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania, wykazując - na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu postawionemu w 7.1.2 d specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wykonanie dostawy i usługi, która w żadnym wypadku nie odpowiadała warunkowi, wprowadzając tym samym celowo w błąd zamawiającego. Podniósł, że „Wykonanie i wdrożenie nowej architektury dla systemu informatycznego Agencji Rynku Rolnego oraz rekonfiguracja środowiska produkcyjnego", jak wynika z treści listu referencyjnego Agencji Rynku Rolnego nie wykazuje spełniania warunku, co potwierdza pismo Dyrektora Biura Teleinformatyki ARR

Odwołujący wywiódł, że COMP S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wobec spełnienia obu przesłanek zawartych w tym przepisie, gdyż w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania niedopuszczalne jest uzupełnianie dokumentów.

Zarzucił nadto, że COMP S.A. nie spełnia również warunku wskazanego w pkt 7.1.2. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z opisu oraz referencji Uniwersytetu Warmińsko

Mazurskiego, nie wynika jednoznacznie, iż dostawę stacji badawczych wyposażonych w wysokospecjalizowane oprogramowanie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.) Z listu referencyjnego Komendy Głównej Policji w Warszawie dotyczącego wdrożenie systemu PSI (Policyjny system informatyczny) nie wynika ani spełnianie przez przedmiotowe zamówienie warunku minimalnej ilości punktów adresowych, ani liczby użytkowników.

Odwołujący podniósł, że zamawiający miał obowiązek, zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp, wezwać COMP. S.A. do uzupełnienia w zakresie potwierdzenia spełniania warunku opisanego w pkt 7.1.7. c oraz d specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Odwołujący podniósł, że zastrzeżenie COMP S.A. nie ujawniania koncepcji realizacji - wykazu rzeczowego i ilościowego zaoferowanych komponentów powinno być uznane za nieskuteczne, gdyż nie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust.4. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a jedynie wykazu komponentów, którymi COMP S.A. ma zamiar posługiwać się przy realizacji zamówienia.
w „Parametry/cechy/funkcjonalność" żaden sposób nie mogą tajemnicy stanowić przedsiębiorstwa, winny bowiem odpowiadać wymaganiom wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia, ich wpisanie do wykazu oznacza jedynie potwierdzenie, że komponenty odpowiadają parametrom wymaganym przez zamawiającego . Podkreślił, iż nie przedstawiają żadnych istotnych z punktu widzenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacji tj. dot. np. źródła kodów oprogramowania, schematów blokowych czy też schematów ideowych.
Odwołujący wywiódł, że z istoty „referencji" wynika, iż gromadzi się je po to, aby się nimi wykazywać, nie mogą zatem zostać uznane za informacje, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.. Argumentował, że w treści referencji, nie znajdują się inne informacje niż nazwa usługobiorcy, nazwa wykonanej usługi jej wartość i czas realizacji. informacje zawarte w referencjach, są de facto informacjami, które w łatwy sposób może uzyskać każdy.

COMP S.A. 21 lutego 2011 r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o oddalenie odwołania. Odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego i rozpoznała zarzut dotyczący niezasadnego dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba uznała, że zarzut ten został podniesiony w terminie.
20 stycznia 2011 r. odwołujący złożył wniosek o wgląd oraz możliwość skopiowania ofert konkurencyjnych. Zamawiający wyznaczył termin na 24 stycznia 2011 r.
Odwołujący stwierdził tego dnia, że w ofercie przystępującego znalazło się zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa m.in. w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku ubiegania się o udzielenie zamówienia.
Odwołujący pismem z 25 stycznia 2011 r. wystąpił z prośbą o udostępnienie tej części oferty, na co zamawiający przystał (pismo z 3 lutego 2011 r). 7 lutego 2011 r. zamawiający poinformował jednak, iż udostępni ofertę, w węższym niż wnioskowany zakresie.
Izba uznała, że termin na wniesienie odwołania w związku z dokonanym zastrzeżeniem informacji może rozpocząć bieg najwcześniej od dnia następnego po przesłaniu przez zamawiającego informacji o odmowie udostępnienia oferty przystępującego w pełnym zakresie objętym wnioskiem. Brak jest w okolicznościach sprawy podstaw do przyjęcia, że datą od której termin na wniesienie odwołania winien być liczony jest dzień powzięcia przez odwołującego informacji o dokonanym zastrzeżeniu, dnia zapoznania się z treścią oferty przystępującego.
Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy.
Zatem przesłanie przez zamawiającego informacji o odmowie udostępnienia zastrzeżonych informacji tworzy sytuację objętą dyspozycją przywołanego art. 180 ust. 1 Pzp – wykonawca domagający się uznania zastrzeżenia za bezskuteczne może wnieść odwołanie wobec zaniechania zamawiającego.
Liczenie terminu na wniesienie odwołania od daty powzięcia informacji o dokonanym zastrzeżeniu w sytuacji, gdy zamawiający jeszcze nie dokonał w całości czynności badania i oceny ofert, sprowadziłoby się do kwestionowania czynności wykonawcy – dokonania zastrzeżenia, nie zaś działań lub zaniechań zamawiającego. Zamawiający bada informacje

zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i w zależności od przyjętej oceny udostępnia je wykonawcom albo odmawia ich udostępnienia. Dla liczenia terminu na wniesienie odwołania w tej materii zastosowanie znajdzie art. 180 ust. 1 Pzp, nie zaś art. 180 ust. 3 Pzp.
Przyjęcie argumentacji przystępującego prezentowanej na rozprawie, że korespondencja zamawiającego i wykonawców dotycząca udostępnienia lub odmowy udostępnienia zastrzeganych części oferty lub dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą jest materią nieuregulowaną ustawowo, nie podważa prezentowanej oceny. Pogląd taki sprowadza się *de facto* do odmowy przyznania badaniu przez zamawiającego skuteczności dokonanego zastrzeżenia statusu odrębnej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro odwołanie dotyczy wyłącznie czynności lub zaniechań zamawiającego wskazanych w ustawie, to

badanie skuteczności dokonanego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi element czynności badania i oceny ofert. W takiej sytuacji termin na kwestionowanie dokonanego zastrzeżenia rozpoczyna swój bieg od daty przesłania informacji, o której mowa w art. 92 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, mimo, że nie wszystkie podniesione zarzuty znalazły potwierdzenie.

Izba wydała rozstrzygnięcie na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnień jej treści z 4 listopada 2010 r. (pytanie 38), oferty przystępującego, złożonych na rozprawie oświadczeń i dokumentów wymienionych w uzasadnieniu oraz po rozważeniu stanowisk stron i uczestnika.
Pozostałym oświadczeniom złożonym przez odwołującego Izba odmówiła mocy dowodowej uznając, że nie odnoszą się one do okoliczności objętych zarzutami odwołania.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 197-300804 z 9 października 2010r.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzut dotyczący braku osiągania przez procesory wymaganej ilości w testach wydajnościowych SPECint_rate_2006 w pozycji Base w kolumnie Results oraz niespełniania przez procesory parametru maksymalnego poboru mocy.
Zarzut okazał się zasadny, jednak nie niesie to skutku w postaci nakazania odrzucenia oferty przystępującego.
W specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, w części objętej zarzutami odwołania (serwer typu B, moduły serwerowe typu A, B i C) zamawiający wymagał zaoferowania procesorów cztero- lub sześciordzenuiowych, osiągających w testach wydajnościowych SPECint_rate_2006 min.340 pkt w pozycji Base w kolumnie Results, wymagał również dostarczenia dokumnetów z testów SPEC lub obecności certyfikatu

potwierdzającego osiągnięty wynik na stronie www.spec.org.Zamawiajacy wymagał również maksymalnego poboru mocy dla procesora – 95W.
Ustalił również w pkt 10 opisującym oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane usługi i dostawy wymagań zamawiającego, dostarczenia dokumentu testów SPEC lub obecności certyfikatu potwierdzającego osiągnięty wynik na stronie www.spec.org (wydruk załączony do oferty).
4 listopada 2010 r. zamawiający na pytanie, która z metryka testów SPECint_rate_2006 ma spełniać podane minimum (result, czy baseline) wyjaśnił, że pozycja Base w kolumnie Results.
Wraz z ofertą przystępujący złożył protokoły z testów procesora Intel Xeon X5680. Oświdczył

również, że protokoły z testów stanowią integralną cześć oferty.
Na rozprawie przystępujący oświadczył, że zaoferował procesory Intek Xeon X5670 i złożył fragment koncepcji technologicznej str. 54 oferty (z części objętej zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa), zawierającej stwierdzenie, że platforma serwerowa wykorzystywać będzie wydajne procesory 6-core Intel Xeon X5670 oraz 4-core Intel Xeon 5620.

Odnosząc się do interpretacji wymagań zamawiającego do potwierdzenia osiągania wymaganej ilości punktów z testów, Izba uznała, że zarówno postanowienia specyfikacji, jak i wyjaśnienia jej treści nie dają podstaw do przyjęcia, że zamawiający wymagał wartości średnich SPECint_rate_2006.
Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że wystarczające dla uznania warunku za spełniony jest osiąganie oczekiwanego parametru w pozycjach oznaczonych liczbą 483 i 464 w tabeli Results w kolumnie Base, co skutkuje również uznania oferty odwołującego za zgodną z treścią specyfikacji.
Izba zważyła również, że protokół z testów wydajnościowych stanowi dokument potwierdzający przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.
Protokoły te nie konstytuują oferowanego świadczenia – ma z nich wynikać jedynie osiąganie przez oferowane procesory wymaganej przez zamawiającego ilości punktów w testach.
Wskazać trzeba, że ocena oświadczenia lub dokumentu jako treści oferty albo dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp następuje każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności konkretnego przypadku, przede wszystkim w oparciu o postanowienia specyfikacji – jest badana przez Izbę *ad casum.* Wykonawcy nie są też uprawnieni, aby mocą własnych oświadczeń dokonać zmiany kwalifikacji prawnej oświadczeń i dokumentów wymaganych przez zamawiającego. Jeśli zamawiający wymaga dokumentu dla potwierdzenia ustalonych przez siebie wymagań, dokument ten podlega reżimowi prawnemu przewidzianemu dla tych dokumentów, a przepisy dotyczące treści oferty nie znajdują w odniesieniu do niego zastosowania

W okolicznościach sporu dla stwierdzenia zgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wystarczające będzie zaoferowanie procesorów osiągających podane przez zamawiającego parametry szczegółowe, co ma zostać potwierdzone w protokołach z testów tych procesorów.
Oceniając zarzuty odwołania Izba wzięła pod rozwagę, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego na rozprawie nie odnosiły się w pełnym zakresie do postawionych zarzutów.
Przystępujący wyjaśniał, że procesory Intel Xeon X5670 zaoferował on w odniesieniu do serwera typu A, modułu serwerowego typu B oraz serwera typu C, podczas, gdy zarzut odwołania dotyczył serwera typu B oraz modułów serwerowych typu A, B i C. Oświadczenie firmy Oracle Polska Sp. z o.o. w Warszawie z 21 lutego 2011 r. głosi, że procesor Intel Xeon X5670 zawierają serwer typ B oraz moduły serwerowe typu B i C.
Izba uznała, że w tym stanie rzeczy niezbędne jest uzyskanie wyjaśnień, co do procesora zaoferowanego w module serwerowym typu A. O ile bowiem na podstawie złożonego na rozprawie fragmentu koncepcji technologicznej uznać należy, że wbrew wywodom odwołania przystępujący nie zaoferował procesorów Intel Xeon X5680, to jednak wyniki postępowania odwoławczego nie pozwalają na ustalenie, czy w module serwerowym typu A znajdą zastosowanie procesory Intel Xeon X5670.
Konsekwencją oświadczenia przystępującego, że oferuje on procesory wskazane w koncepcji technologicznej jest ustalenie, że protokoły złożone przez przystępującego wraz z ofertą a dotyczące procesorów Intel Xeon X5680 nie odnoszą się do oferowanych rozwiązań, zamawiający winien zatem wezwać przystępującego do ich uzupełnienia.
Zgodnie z art. 26 ust. 3 *in fine* Pzp składane w wyniku uzupełnienie oświadczenia lub dokumenty potwierdzały spełnianie prze oferowane dostawy wymagań zamawiającego w terminie nie późniejszym, niż termin składania ofert - 19 stycznia 2011 r.
Skoro złożone na rozprawie protokoły opatrzone są datą luty 2011 r. - nie mogą być uznawane za dokumenty spełniające wymagania przywołanego przepisu.
Obowiązkiem zamawiającego jest zatem uzyskanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnień, co do procesorów zaoferowanych w module serwerowym typu A oraz wezwanie przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia protokółów potwierdzających spełnianie wymagań zamawiającego przez oferowane procesory na dzień nie późniejszy, niż termin składania ofert.

Wskazać trzeba, że samo stwierdzenie pewnych niejasności w treści oferty nie upoważnia zamawiającego do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odrzucenie oferty na podstawie przywołanego przepisu może nastąpić jedynie wobec uzyskania pewności, że jej treść jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji.

Okoliczność spełniania wymagania dotyczącego maksymalnego poboru mocy – 95 W przez procesor Intel Xeon X5670 2,93Ghz jest niesporna między stronami. Znajduje również potwierdzenie w oświadczeniu Intel złożonym przez odwołującego na rozprawie.

Skoro przedmiotem oferty przystępującego są serwery i moduły serwerowe zawierające procesory Intel Xeon X5670 2,93Ghz chybiony jest zarzut niespełnienia wymagań dotyczących maksymalnego poboru mocy – 95 W. Oferta przystępującego jest zgodna z treścią siwz w odniesieniu do serwera typu B oraz modułów serwerowych typu B i C.
Prezentowana ocena nie odnosi do części dotyczącej modułu A, w odniesieniu do której Izba nakazała uzyskanie wyjaśnień.
Zamawiający dokonując ponownego badania i oceny winien ocenić, czy zaoferowany został procesor Intel Xeon X5670 w odniesieniu do modułu serwerowego typu A oraz czy na dzień składania ofert procesor ten osiąga wymagane parametry.

Zarzut dotyczący zaoferowania przełącznika niezgodnego z wymaganiami zamawiającego.

Niesporne jest między stronami, że wskazując w ofercie przełącznik Juniper Networks serii EX400 przystępujący dopuścił się omyłki. Omyłka ta ma charakter oczywistej omyłki pisarskiej. Przystępujący oświadczył w treści oferty, że przełącznik spełnia wymagania zamawiającego. Na rozprawie przystępujący oświadczył, że zaoferował przełącznik Juniper Networks serii EX4500. Na rozprawie przystępujący złożył oświadczenie Juniper Networks z 17 stycznia 2011r., zgodnie z którym funkcjonalności Policy Based Routing i funkcjonalności DHC snooping jest dostępna w wersji testowej w przełącznikach EX 4500 do której z uwagi na posiadany status partnerski przystępujący ma dostęp. Publiczne udostępnienie przełączników EX4500 posiadających funkcjonalności Policy Based Routing i funkcjonalności DHC snooping nastąpi 15 maja 2011r.
Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Po pierwsze: z treści powołanych oświadczeń wynika, że istnieje przełącznik serii EX4500 spełniający wymagania zamawiającego. Nie można też przyjąć, że przedmiotem oferty mogą być wyłącznie urządzenia lub usługi w wersji prezentowanej w aktualnej ofercie handlowej wykonawcy. Pogląd taki nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach i prowadzi do ograniczenia konkurencji - uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom dysponującym produktem o oczekiwanych cechach w dniu składania ofert a przeznaczonym do masowej dystrybucji już po upływie tego terminu. Zamawiający jest uprawniony do tego, aby sięgać po rozwiązania istniejące, a nie znajdujące się w masowej ofercie. Warunkiem koniecznym jest w tym przypadku jedynie możliwość stwierdzenia zgodności oferty z postawionymi wymagania na dzień składania ofert.

Zarzuty złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pkt 7.1.2 d specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ustalił, iż o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykonał (zakończył) w sposób należyty co najmniej 2 dostawy (wraz z wdrożeniem) elektronicznego obiegu dokumentów dla minimum 20 punktów adresowych - (rozproszona lokalizacja), z liczbą użytkowników w jednym punkcie nie mniejszą niż 150 osób, ponadto każda z dostaw była o wartości nie mniejszej niż 500.000,00zł (słownie: sześćset tysięcy złotych) brutto."
Izba zważyła, że wbrew twierdzeniom odwołujacego, sformułowanie „z liczbą użytkowników w jednym punkcie” nie nakazuje posiadania przez wszystkie z 20 punktów adresowych liczby użytkowników nie mniejszej, niż 150 osób. Postanowienie specyfikacji może być interpretowane zarówno w ten sposób, że wymaganie zamawiającego będzie spełnione w sytuacji, gdy liczba użytkowników dotyczyć będzie każdego z 20 punktów, jak i wtedy, gdy liczba użytkowników

jednego z tych punktów osiągnie wymaganą wielkość.
Nie budzi wątpliwości, że wykładania językowa przywołanego postanowienia nie prowadzi do jednoznacznych rezultatów.
Zastosowanie postulatu zawartego w art. 22 ust. 4 Pzp prowadzi do stwierdzenia, że uprawniona jest druga z prezentowanych interpretacji statuująca wymaganie na niższym poziomie.
Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom zamawiającego, że zamawiający posiada tylko trzy punkty adresowe o liczbie użytkowników nie mniejszej, niż 150 osób.
Przystępujący w wykazie wykonanych dostaw, w pkt 8 wskazał (str. 25 oferty) ujął usługę wykonania i wdrożenia nowej architektury dla systemu informatycznego Agencji Rynku Rolnego oraz rekonfigurację środowiska produkcyjnego". Referencje (str. 46 oferty) wskazują na elementy dostarczonego systemu oraz zakres realizowanych prac. W piśmie z 11 lutego 2011 r. załączonym do odwołania Dyrektor Biura Teleinformatyki ARR oświadczył, iż „jeżeli COMP S.A. stwierdziła, że dostarczył system elektronicznego obiegu dokumentów dla minimum 20 punktów adresowych, z liczbą użytkowników w jednym punkcie nie mniejszą niż 150 osób, to wprowadził Zamawiającego w błąd".
Na rozprawie przystępujący stwierdził, że zamówienie zrealizowane na rzecz Agencji Rynku Rolnego zostało błędnie przypisane do pkt 7.1.2 d, gdyż odnosi się do potwierdzenia warunku opisanego w pkt 7.1.2 a.
Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest obowiązkiem zamawiającego w razie kumulatywnego zaistnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz ich wpływu na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo - skutkowym.
Informacje podawane przez wykonawcę uznaje się za nieprawdziwe w sytuacji, gdy prezentują inny, niż w rzeczywistości, stan rzeczy.

Wpływ informacji na wynik postępowania może mieć charakter bezpośredni – *verba legis* informacje mające wpływ na wynik postępowania - albo pośredni - *verba legis* informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania.
Wynik postępowania jest pojęciem niezdefiniowanym ustawowo. Izba ocenia, że jego zakres przedmiotowy w zależności od trybu prowadzenia postępowania jest różny. W przypadku postępowań jednoetapowych wynik postępowania to, co do zasady, wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez konkretnego wykonawcę. Natomiast w postępowaniach wieloetapowych pojęcie to winno być interpretowane szerzej. Na etapie oceny wniosków lub ofert wstępnych pod pojęciem wyniku postępowania rozumieć należy krąg wykonawców zaproszonych do udziału w kolejnym etapie postępowania.
Zatem w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp niezbędne ustalenie bezpośredniego związku między złożeniem informacji nieprawdziwych przez wykonawcę a uznaniem złożonej przez niego oferty za najkorzystniejszą.
Nie budzi wątpliwości Izby, że w okolicznościach sprawy nie występuje taki związek.
Przystępujący dla spełnienia warunku ustalonego w pkt 7.1.2 lit.d wykazał oprócz zamówienia zrealizowanego na rzecz Agencji Rynku Rolnego trzy inne zamówienia. Skoro zamawiający w przywołanym postanowieniu specyfikacji wymagał wykazania dwóch dostaw, to sam fakt pominięcia zamówienia na rzecz ARR nie ma znaczenia dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego a tym samym i dla wyboru złożonej przez niego oferty.
Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie potwierdził się.

Zarzut braku spełnienia wymagań zamawiającego przez dostawę zrealizowaną na rzecz Komendy Głównej Policji Izba rozpoznała w granicach określonych w odwołaniu – tj. braku wymaganych ilości punktów adresowych oraz ilości osób. Art. 192 ust. 7 stanowi, że Izba nie może rozpoznawać zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wskazać trzeba, że zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne, a nie samo wskazanie naruszonego przepisu ustawy lub czynności bądź zaniechania zamawiającego.
Odwołujący dopiero na etapie rozprawy podnosił, że wbrew wymaganiom zamawiającego dostawa tak nie obejmowała wdrożenia a dokument referencji nie potwierdza należytego wykonania zamówienia.
Na stronie 23 oferty, w tabeli - Wykaz wykonanych dostaw, w pkt. 8, na potwierdzenie spełniania

powyższego warunku przystępujący wskazał „Wdrożenie systemu PSI (Policyjny system informatyczny", jednak na str. 50 oferty, list referencyjny odbiorcy dostawy - Komendy Głównej Policji w Warszawie wskazuje wyraźnie, iż dostawa obejmuje minimum 10 lokalizacji a system obsługuje co najmniej 1000 użytkowników. Z przywołanego listu referencyjnego nie wynika, więc

ani spełnianie przez przedmiotowe zamówienie warunku minimalnej ilości punktów adresowych, ani liczby użytkowników.
Referencja z 8 lipca 2008 r., wystawiona przez Komendę Główną Policji istotnie zawiera informacje sprzeczne z oświadczeniem przystępującego zawartym w wykazie oraz nie potwierdzające spełniania wymagań zamawiającego.
Na rozprawie przystępujący złożył oświadczenie z 2 marca 2010 r., którego wynika spełnianie wymagań zamawiającego kwestionowanych przez odwołującego. .
Izba zważyła, że oświadczenie złożone na rozprawie nie może być uznane za dokument potwierdzający należyte wykonanie dostaw zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jego treść nie zawiera informacji o terminie realizacji zamówienia lub przynajmniej, o jego ukończeniu. Spełnianie warunków udziału w postępowaniu winno być wykazane przez wykonawców na dzień składania ofert. Dopuszczenie możliwości ich wykazania w terminie późniejszym narusza prawo. Zamawiający winien w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać przystępującego do złożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia na rzecz Komendy Głównej Policji opisującego stan aktualny na datę nie późniejszą, niż termin składania ofert.
Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp potwierdził się.

W pkt 7.1.2. c siwz zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykonał (zakończył) w sposób należyty co najmniej 2 usługi obejmujące dostawę i wdrożenie portalu/platformy każda z usług była o wartości nie mniejszej niż 500.000,00zł [słownie: pięćset tysięcy złotych) brutto.
Przystępujący wykazał spełnianie tego warunku m.in. przez wykonanie dostawy stacji badawczych wyposażonych w wysokospecjalizowane oprogramowanie.
Z opisu zawartego na str. 47 oferty przystępującego (poz. 2). oraz protokołu końcowego odbioru (str. 51 oferty), nie wynika jednoznacznie, iż zamówienie zrealizowane na rzecz Uniwersytetu Warmińsko Mazurskiego odpowiada wymaganiom zamawiającego.
Izba uznała, że usługa ta spełnia wymagania zamawiającego w oparciu o dodatkowo złożone na rozprawie protokół odbioru końcowego – Etap II oraz fakturę, dotyczące kwestionowanej umowy.

Zarzut dotyczący zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.
W toku postępowania zamawiający udostępnił wykaz wykonanych usług. Tajemnicą przedsiębiorstwa pozostały objęte wykaz wykonanych dostaw w części dotyczącej podmiotów prywatnych oraz koncepcja technologiczna wykonania zamówienia, dane dotyczące oferowanego sprzętu oraz licencje.
Art. 8 ust. 1 Pzp nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady. Wyjątek stanowi, art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się 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. Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, np. formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstw. Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.Katalog dokumentów i informacji które można utajnić nie jest

zamknięty.
Podkreślić trzeba, że dla uznania prawidłowości dokonanego zastrzeżenia niezbędne jest łączne spełnienie przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć też charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym.
Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) to na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem.
Zamawiający obowiązkowi temu nie uczynił zadość - poprzestał w zasadzie na braku zgody wykonawcy, co do wyłączenia jawności, co jest niewłaściwe. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się też na rozprawie o trafności uzasadnienia wskazanego przez przystępującego.
Izba zważyła, że sam przystępujący zadeklarował na rozprawie wolę udostępnienia dotychczas zastrzeżonych informacji dotyczących wykazu sprzętu oraz licencji.
Izba ocenia również, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane *per se* za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie. Izba uznała, że ogólność danych wynikających z dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz PKN Orlen oraz P4 Sp. zo.o. nie wskazuje na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawce, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how, których uzyskanie przez innych wykonawców narażałoby interesy przystępującego na szwank. Rezultaty postępowania przed Izbą nie prowadzą do takich wniosków.
Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców.

Przystępujący nie wskazał w tej mierze indywidualnych uwarunkowań godnych ochrony. Głoszony na rozprawie pogląd ma walor twierdzenia ogólnego. Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji.

Naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.
W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp uwzględniła odwołanie i na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 nakazała zamawiającemu wykonanie czynności zgodnie z pkt 1 sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocników odwołującego z ograniczeniem do kwoty wskazanej w § 3 pkt 2 lit. b 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).

……