

Sygn. akt: KIO 17/17, KIO 24/17

WYROK
z dnia 17 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 2 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 17/17),
B) w dniu 2 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie** (sygn. akt KIO 24/17)

w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 24/17 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **BIT S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 17/17 i KIO 24/17 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Engave sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 17/17 i KIO 24/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 17/17 w części dotyczącej zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 17/17,**

1

-
3. **uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 24/17 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Engave sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią pkt VI.10 załącznika nr 2 do umowy,**
 4. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 24/17,**
 5. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 17/17 obciąża wykonawcę **Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 6. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 24/17 obciąża wykonawcę **Engave sp. z o.o. w Warszawie** i wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie**, każdego w wysokości ½ i:
 - 6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 6.2. zasądza od wykonawcy **Engave sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Sygnity S.A. w Warszawie** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy), stanowiącej zwrot połowy uiszczzonego wpisu od odwołania.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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:

Członkowie:

.....

3

Sygn. akt: KIO 17/17, KIO 24/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Poczta Polska S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa i instalacja elementów infrastruktury informatycznej wraz z dostawą i wdrożeniem oprogramowania i uruchomienie Zintegrowanej Platformy Bazodanowej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 października 2016 r. nr 2016/S 191-343740.

21 grudnia 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym Comparex”, a także wykonawcę Sygnity S.A. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym Sygnity” oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Engave sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym Engave”. W dniu 2 stycznia 2017 r. odwołujący Comparex oraz odwołujący Sygnity wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 17/17 oraz sygn. akt KIO 24/17

Odwołujący Comparex wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności odrzucenia oferty odwołującego Comparex,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Engave, oferty złożonej przez wykonawcę Bit S.A. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym Bit” oraz oferty złożonej przez wykonawcę Sygnity S.A. w Warszawie,
- 3) zaniechania czynności odtajnienia niektórych oświadczeń i dokumentów złożonych przez przystępującego Engave i przystępującego Bit,
- 4) zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego Engave, przystępującego Bit i wykonawcy Sygnity, względnie zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia,
- 5) zaniechania czynności poinformowania wykonawców o zastosowaniu lub nie zastosowaniu procedury odwróconej określonej w art. 24aa ustawy Pzp,
- 6) zaniechania czynności wezwania przystępującego Engave do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp przed ogłoszeniem wyniku postępowania,
- 7) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

4

Odwołujący Comparex zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego wadliwe zastosowanie oraz odrzucenie oferty odwołującego Comparex, pomimo, że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 91 ustawy Pzp przez zaniechanie oceny i wyboru oferty odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty

przystępującego Engave oraz jej nieodrzućenie pomimo zaistnienia przesłanek odrzucenia z uwagi na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

- 4) art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez niezasadne uznanie przez zamawiającego za skuteczne zastrzeżenie informacji złożonych przez przystępującego Engave dotyczących braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 5) z ostrożności procesowej naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp przez jego niezastosowanie do przystępującego Engave pomimo niewykazania przez niego warunków udziału w postępowaniu i niewykluczenie przystępującego Engave oraz w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty przystępującego Engave jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ewentualnie brak wezwania przystępującego Engave do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp;
- 6) ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp przez brak wezwania przystępującego Engave do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp przed ogłoszeniem wyniku postępowania;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty przystępującego BIT oraz jej nieodrzućenie pomimo zaistnienia przesłanek odrzucenia z uwagi na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 8) art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez niezasadne uznanie przez zamawiającego za skuteczne zastrzeżenie informacji złożonych przez przystępującego BIT dotyczących części prac zleczanych podwykonawcom oraz oświadczenia o oddaniu do dyspozycji zasobów podmiotu trzeciego jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 9) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty wykonawcy Sygnity oraz jej nieodrzućenie pomimo zaistnienia przesłanek odrzucenia z uwagi na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

5

-
- 10) art. 7 ustawy Pzp przez niepoinformowanie wykonawców o zastosowaniu lub nie procedury odwróconej określonej w art. 24aa ustawy Pzp, co narusza zasadę równego traktowania poprzez naruszenie prawa wykonawców do zaskarżenia czynności zamawiającego naruszających prawa wykonawców uczestniczących w postępowaniu; ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu określonego w pkt 8 naruszenie:

- 11) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez niewykluczenie przystępującego BIT oraz w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty przystępującego BIT jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ewentualnie niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez brak wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia; ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu określonego w pkt 9 lub uwzględnienia zarzutu określonego w pkt 9 naruszenie:

- 12) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez niewykluczenie wykonawcy Sygnity oraz w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty Sygnity jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ewentualnie niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez brak wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia;

Odwołujący Comparex wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego Comparex,
- 2) dokonania oceny oferty odwołującego Comparex jako zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 3) odrzucenia oferty przystępującego Engave jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty przystępującego BIT jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

- 5) odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 6) odtajnienia dokumentów w ofercie przystępującego BIT;
- 7) odtajnienia dokumentów i oświadczeń przystępującego Engave;
- 8) wykluczenia przystępującego Engave jako podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty przystępującego Engave jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

6

-
- 9) poinformowania wykonawców o zastosowaniu procedury odwróconej określonej w art. 24aa ustawy Pzp;
 - 10) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
- zaś z ostrożności procesowej nakazanie również:
- 11) wezwania przystępującego Engave do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 przed ogłoszeniem wyniku postępowania;
 - 12) wykluczenia przystępującego Engave oraz odrzucenia jego oferty, ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentu jednolitego dokumentu zamówienia lub dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
 - 13) wykluczenia przystępującego BIT oraz odrzucenia jego oferty, ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentu jednolitego dokumentu zamówienia lub dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
 - 14) wykluczenia wykonawcy Sygnity oraz odrzucenia jego oferty, ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentu jednolitego dokumentu zamówienia lub dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- oraz z daleko posuniętej ostrożności procesowej:
- 15) unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Comparex podniósł, że zamawiający zawiadomił go o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję brakiem spełnienia wymagań minimalnych w zakresie ilości rdzeni w dostarczanych procesorach. Zdaniem zamawiającego stanowi to o niezgodności treści oferty z załącznikiem 2 do umowy „Konfiguracja techniczno-użytkowa”, parametrów wskazanych w tabeli w pkt. III.5 poz. 2. Argumentował, że w swojej ofercie zaoferował 4 procesory 12-rdzeniowe, co w zakresie minimalnych wymagań w zakresie ilości rdzeni w dostarczanych procesorach przekracza wymagania minimalne wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W opisie tabeli w pkt III 5 w poz. 2 znajdujemy wymaganie dotyczące liczby procesorów w każdym serwerze. Wymaganie to wykonawca spełnił oferując 4 procesory.

Z kolei uzasadnienie podstawy do odrzucenia oferty odwołującego Comparex odnosi się nie do ilości dostarczanych procesorów (co mogłoby być podstawą odrzucenia, gdyby wykonawca zaoferował mniej niż 2 procesory), lecz do liczby rdzeni w procesorach.

Tymczasem odwołujący Comparex zaoferował liczbę rdzeni w procesorach przekraczającą wymagania zamawiającego. Rozwiązania klasy Power8 osadzone są na

7

jednolitych płytach głównych i stanowią całość / jedność, stąd w jednej maszynie znajdują się 24 rdzenie, co nawet przekracza wymagania zamawiającego, a na pewno nie jest podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy na tej podstawie, że oferta „nie spełnia wymagań minimalnych w zakresie ilości rdzeni w dostarczonych procesorach”, co zamawiający potraktował jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty odwołującego Comparex.

Nawet gdyby uznać, że zaoferowane procesory nie spełniają wymagań zamawiającego przez brak literalnego wypełnienia wymagań zamawiającego, rozwiązanie zaoferowane przez odwołującego należy uznać za spełniające wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na spełnienie wymagań dotyczących równoważności oferowanego sprzętu. Odwołujący Comparex zwrócił uwagę, że żaden z

obecnie dostępnych procesorów w technologii RISC (za wyjątkiem serwera T7Sparc firmy Oracle) nie posiada więcej niż 12 rdzeni w jednym gnieździe procesorowym (socketcie). Wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania dotyczącego procesorów z 22 rdzeniami oznaczałoby niedopuszczenie do postępowania zaoferowania procesorów producenta IBM wykonanych w technologii RISC. Wprawdzie zamawiający bezpośrednio nie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nazwy producenta w tym zakresie, jednak takie, a nie inne ukształtowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje, że wykonawca, w braku określenia kryteriów równoważności, byłby w stanie zaoferować jedynie ściśle określone elementy infrastruktury technicznej, produkowane przez konkretnego - jednego - producenta.

Dodatkowo wskazał, że wymaganie minimalnej ilości rdzeni w jednym gnieździe procesorowym (socketcie) łamie zasady opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z zasadą zapewnienia uczciwej konkurencji oraz uniemożliwia prawidłowe zaoferowanie produktów równoważnych, ponieważ różne technologie procesorów można porównać wyłącznie stosując kryterium mocy obliczeniowej, nie zaś ilości fizycznych rdzeni. Skoro zamawiający dopuścił technologię RISC, miał pełną świadomość, że IBM nie ma w swojej ofercie procesorów, które posiadałyby 22 rdzenie. Zamawiający zatem w sposób pośredni określił nazwy producentów elementów infrastruktury informatycznej (wyłączając z ich kręgu produkty IBM), stąd postanowienia SIWZ powinny w tym zakresie zostać potraktowane jako dopuszczające rozwiązania równoważne. W innym przypadku wymagania dotyczące równoważności określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia okazałyby się fikcyjne. Konsekwencją takiego uznania byłoby uznanie, że postępowanie dotknięte jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, bowiem warunki równoważności byłyby niemożliwe do spełnienia, co narusza zarówno przepisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, jak i uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący Comparex wskazał zatem, że niedopuszczenie produktu zaoferowanego przez odwołującego, jako równoważnego, co powinno zostać dokonane przez wzgląd na konieczność dokonywania wykładni niejasnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia korzystnie dla wykonawców, nie zaś dla zamawiającego, musiałoby doprowadzić do jako konieczności unieważnienia postępowania skonstruowanego niezgodnie z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji - uniemożliwiającego zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Trudno przypuszczać, aby zamawiający popełnił omyłkę podczas konstruowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zna on bowiem doskonale specyfikację techniczną sprzętu, na co wskazuje niezwykle dokładne (wręcz kazuistyczne) opisanie wymagań dotyczących sprzętu w dokumentacji technicznej będącej częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający przez lata użytkował różne modele sprzętu z procesorami Power (modele H50, P690, P550, P460 itd.) i doskonale zdaje sobie sprawę, że jego infrastruktura pracuje bez problemów również na procesorach Power. Nie istnieje zatem żaden racjonalny powód ograniczający odwołującemu możliwość zaoferowania sprzętu, którego wskazanie zakwestionował zamawiający.

Odwołujący Comparex wywiódł, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zamawiający dopuścił do złożenia ofert zawierających rozwiązania równoważne. Załącznik nr 2 do umowy - konfiguracja techniczno-użytkowa dopuszcza składanie ofert równoważnych, zaś określone w specyfikacji wymagania dotyczą minimalnych parametrów funkcjonalnych, jakościowych oraz cech użytkowych, jakim muszą odpowiadać towary, aby spełnić wymagania stawiane przez zamawiającego. Dostarczone elementy infrastruktury informatycznej i oprogramowania uważane będą za równoważne, jeżeli przy zachowaniu wymaganych parametrów będą w pełni współpracować z infrastrukturą posiadaną przez zamawiającego. Rozwiązanie zaoferowane przez odwołującego Comparex jest w pełni zgodne z wymaganiami zamawiającego również w tym zakresie i powinno zostać potraktowane jako zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W dalszej części odwołania odwołujący Comparex podniósł, że oferty przystępującego Engave, przystępującego Bit oraz Sygnity nie spełniają wymagania zamawiającego określonego w załączniku nr 2 do umowy - konfiguracja techniczno-

użytkowa, w pkt VI. 6. Zamawiający oczekiwał, że wykonawca dostarczy zabezpieczenia (PDU) potrzebne do prawidłowego redundantnego podłączenia wszystkich elementów infrastruktury informatycznej będących przedmiotem zamówienia, a w szczególności, aby każda z szaf była wyposażona w minimum dwa PDU zakończone złączami C13 oraz dwa PDU zakończone złączami C19. Wszystkie PDU muszą mieć możliwość monitorowania poprzez sieć typu Ethernet. Tymczasem w ofertach zaoferowano wykorzystanie szaf

9

SR1242 (22kVA). W szafie tego typu dopuszczalny jest montaż zaledwie dwóch PDU (jednego C13 i jednego C19). Dostosowanie zaoferowanych szaf do wymagań zamawiającego wymagałoby dostosowania po jego stronie, co całkowicie nie odpowiada sformułowanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekiwaniom technicznym. Oznacza to, że w zaoferowanym produkcie nie zostały spełnione wymagania zamawiającego wyrażone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości. Stanowi to podstawę do odrzucenia ofert wykonawców Engave, BIT oraz Sygnity oraz, w konsekwencji, uznanie oferty odwołującego Comparex za najkorzystniejszą.

Odwołujący Comparex podniósł także, że zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy - konfiguracją techniczno-użytkową, zamawiający wymaga w pkt VIII.2, aby całość prac instalacyjnych wykonywana była przez pracownika producenta dostarczanych elementów infrastruktury informatycznej. Zgodnie z informacjami zawartymi w ofercie wykonawcy Engave oraz BIT nie zadeklarowali, że podczas prac instalacyjnych będą korzystali z potencjału producenta elementów infrastruktury informatycznej. Stawia to pod znakiem zapytania możliwość zapewnienia realizacji umowy przez każdego z tych wykonawców zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Wymagana przez zamawiającego konieczność korzystania z usług pracownika producenta elementów infrastruktury warunkuje konieczność zaangażowania w prace samego producenta. Wskazuje na to również wskazanie jako podwykonawców producentów zarówno w ofercie odwołującego Comparex, jak i zaskarżonej ofercie Sygnity. Nie wydaje się możliwe, aby bez deklaracji producenta i umożliwienia przez niego wykonania określonych prac przez jego pracownika możliwe było wykonanie czynności oczekiwanych przez zamawiającego zgodnie z umową. Oczekiwanie zamawiającego wyrażone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oznacza, że czynności określone w załączniku nr 2 do umowy mają być wykonywane przez pracownika producenta w ramach stosunku pracy z takim producentem. Takie czynności nie są możliwe bez porozumienia z producentem i nawiązania z nim współpracy, co z praktyce rynkowej powinno odbywać się na zasadzie podwykonawstwa. Taka formuła pozwala bowiem na zapewnienie poziomu za elementów odpowiedniego odpowiedzialności producenta instalację infrastruktury, co niewątpliwie jest oczekiwaniem zamawiającego. Z pewnością nie zostało w tym wypadku wykazane przez wykonawcę zaoferowanie w tym zakresie usług zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący Comparex podniósł również, że w przypadku wykonawcy BIT wadliwie zastrzegł on informację o podwykonawcach oraz oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu wykonawcy swoich zasobów. Tymczasem, zamawiający nie uznał za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w JEDZ.

10

Zachodzi tu sprzeczność w działaniach zamawiającego, ponieważ odtajnając dokument JEDZ ujawnił on jednocześnie nazwy podmiotów wskazanych jako podwykonawcy (Goldenore, InfoRS). Wobec części formularza ofertowego oraz dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów nie zachodzi jedna z niezbędnych przesłanek warunkujących uznanie określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie niejawność określonej informacji.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera się w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przez „tajemnicę przedsiębiorstwa” należy rozumieć 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. Zatem określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie, gdy łącznie zaistnieją trzy

następujące przesłanki:

- 1) informacja taka ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności

Z uwagi na fakt, że zamawiający ujawnił już informacje dotyczące nazw podwykonawców - poprzez udostępnienie innym wykonawcom treści JEDZ wykonawcy BIT, nie jest zasadne utrzymywanie tajności pozostałych informacji dotyczących podwykonawców. Wskazane przesłanki powinny być bowiem spełnione łącznie, a odpadnięcie jednej z nich powoduje brak możliwości uznania danej informacji za objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnia to nakazanie zamawiającemu odtajnienia bezprawnie nieujawnionych informacji dotyczących podwykonawców oraz zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów.

Podobnie, nie było zasadne skuteczne utajnienie informacji przez wykonawcę Engave, a dotyczących oceny podmiotowej tegoż wykonawcy. Wywiódł, że na zamawiającym spoczywa obowiązek wyjaśnienia powyższych okoliczności a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu, bądź nie oferty wykonawcy. To na wykonawcy, który zastrzega powyższe informacje spoczywa obowiązek wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca taki powinien być przygotowany na uzasadnienie zastrzeżenia charakteru powyższych informacji. Aby konkretne okoliczności zostały przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa powinny zostać przez niego w sposób dostateczny uzasadnione. Tymczasem, w ofercie Engave oraz BIT brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przesłanki dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały w tym wypadku wykazane w odniesieniu do tych wykonawców,

11

stąd uzasadnione jest nakazanie zamawiającemu ujawnienia bezprawnie utajnionych informacji.

Odwołujący podniósł również, że informacja zawarta w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, a dotycząca informacji w zakresie braku wykluczenia z postępowania jakiegokolwiek wykonawcy uniemożliwia odwołującemu Comparex określenie, czy zamawiający skorzystał z przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia procedury odwróconej, o której mowa w art. 24a ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem po dokonaniu klasyfikacji ofert niepodlegających odrzuceniu, zamawiający dokonuje oceny braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawcy sklasyfikowanego na najwyższej pozycji. Wykluczeniu może podlegać zatem wyłącznie wykonawca, którego oferta została przez zamawiającego oceniona jako najkorzystniejsza, nie zaś wszyscy wykonawcy.

Konsekwentnie, w razie niezastosowania procedury odwróconej zamawiający nie jest uprawniony do stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wszystkich wykonawców w sytuacji, kiedy nie miał on prawa do badania strony podmiotowej złożonych ofert. Zamawiający w postępowaniu mógł jednak dokonać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców, na co wskazuje stanowcze sformułowanie w wyżej przywołanym zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Przepis art. 24a, jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w swojej interpretacji zamieszczonej na stronie internetowej może być rozumiany tak, że zamawiający może odstąpić od stosowania procedury odwróconej w toku postępowania. Zamawiający, uwzględniając zasadę równego traktowania wykonawców, jest zobowiązany do ich poinformowania, czy zastosował w postępowaniu procedurę odwróconą.

Brak wiedzy po stronie wykonawców, czy taka procedura została zastosowana (w omawianej sytuacji wykonawcy nie mają pewności nawet co do tego elementu) powoduje, że ich sytuacja prawna nie jest dookreślona. Wskazał, że błąd zamawiającego w tym zakresie jest niezwykle istotny. W takiej sytuacji wykonawca posiadający interes w uzyskaniu zamówienia ma ogromnie utrudnione zadanie w przypadku próby kwestionowania decyzji zamawiającego. W razie zastosowania procedury odwróconej zarzuty dotyczące braku wykluczenia wykonawcy w przypadku zastosowania procedury odwróconej będą przedwczesne. Jeśli jednak zamawiający zastosował procedurę odwróconą, niepostawienie takich zarzutów już po ogłoszeniu wyboru najkorzystniejszej oferty, będzie skutkowało potraktowaniem ich jako spóźnionych, gdyby odwołujący, działając w uzasadnionym

przekonaniu, że zamawiający zastosował procedurę odwróconą, zaskarżył je w późniejszym czasie. Prawidłowa wykładnia przepisów znowelizowanej ustawy Pzp w zakresie zastosowania procedury odwróconej nie oznacza, że zamawiający żąda złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

12

Powinien on dokonać tych czynności jeszcze przed ogłoszeniem wyniku postępowania, ponieważ art. 26 ust. 1 posługuje się sformułowaniem „wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona”, nie zaś „wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę”.

Argumentował, że art. 24aa ustawy Pzp nie modyfikuje tej zasady, lecz stanowi wyłącznie zmianę chwili, w której zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Nie dotyczy on jednak zasad i terminu żądania składania dokumentów, bowiem kwestię tę również w procedurze odwróconej reguluje art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to również, że w procedurze odwróconej ocena podmiotowa wykonawcy oraz wezwanie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp powinna nastąpić przed ogłoszeniem wyniku postępowania. Inne rozumienie tych przepisów i niezastosowanie się do reguł określonych w ustawie Pzp powoduje naruszenie przepisów uzasadniające nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania zaniechanych czynności.

W dalszej części odwołujący Comparex wskazał, że argumenty dotyczące podstaw do wykluczenia wykonawcy Engave będą możliwe do podniesienia po uzyskaniu dostępu przez odwołującego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Aktualnie odwołujący Comparex został pozbawiony dostępu do tych informacji, co zostało opisane w poprzedzających punktach uzasadnienia.

Wywiódł także, że argumenty dotyczące wykluczenia wykonawców BIT oraz Sygnity mają znaczenie w szczególności w przypadku niedokonania odrzucenia jednej z tych ofert zgodnie z wnioskiem odwołania, oraz uznania jednej z tych ofert (lub kolejno obydwu) za najkorzystniejszych w postępowaniu, ewentualnie odstąpienia przez zamawiającego od zastosowania procedury odwróconej (o czym odwołujący nie posiada wiedzy, ponieważ niestety nie został w toku postępowania poinformowany, czy zamawiający zastosował, czy też nie, procedurę odwróconą).

W odniesieniu do przystępującego Bit odwołujący Comparex wskazał na brak wykazania przez BIT warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej. Zamawiający wymagał w ogłoszeniu w pkt III.1.3, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należy wykonywać/wykonał dostawę/dostawy serwerów wraz z macierzami dyskowymi o łącznej wartości nie mniejszej niż 3 000 000 PLN, z zastrzeżeniem, że łączna wartość dostawy serwerów wraz z macierzami dyskowymi została dostarczona w ramach maksymalnie dwóch umów/zleceń/zamówień.

Tymczasem usługa wskazana w części IV sekcji C JEDZ nie spełnia wymagań zamawiającego dotyczących wartości usługi. Wskazana usługa w części dotyczącej dostawy

13

serwerów i macierzy opiewa bowiem na kwotę 2 274 714,49 zł brutto, co jest kwotą niższą niż wymagana przez Zamawiającego wartość 3 mln zł. Kwota 29 337 700 zł wskazana w JEDZ poniżej odnosi się do całości kontraktu zawartego przez wykonawcę. Oznacza to, że wykonawca BIT nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony, a ewentualnie wcześniej wezwany do uzupełnienia prawidłowego dokumentu JEDZ. Jednocześnie JEDZ zawiera sprzeczność z dokumentem formularza ofertowego, polegającą na wskazaniu w JEDZ, że wykonawca nie polega na potencjale innych podmiotów w celu wykazania spełnienia kryteriów kwalifikacji. Jednocześnie na liście załączników do formularza ofertowego znajduje się dokument „Oświadczenie Podwykonawców do oddania do dyspozycji zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia -Tajemnica przedsiębiorstwa”. W tym zakresie zamawiający jest zobowiązany do wyjaśnienia zaistniałej sprzeczności oraz, w razie konieczności, do wezwania wykonawcy do uzupełnienia niezbędnych dokumentów. Oświadczenie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów jest dokumentem składanym w celu wykazania

spełniania warunków udziału w postępowaniu, stąd uzasadnione przypuszczenie, że wykonawca może chcieć polegać na potencjale tych podmiotów właśnie w tym celu. Odwołujący został również bezprawnie pozbawiony prawa do zapoznania się z tym dokumentem, zastrzeżonym przez BIT jako zawierający tajemnica przedsiębiorstwa (o czym mowa w jednym z wcześniejszych punktów uzasadnienia).

Odwołujący wskazał także na brak wykazania przez Sygnity warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej. Zamawiający wymagał w ogłoszeniu w pkt III.1.3, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonuje/wykonał dostawę/dostawy serwerów wraz z macierzami dyskowymi o łącznej wartości nie mniejszej niż 3 000 000 PLN, z zastrzeżeniem, że łączna wartość dostawy serwerów wraz z macierzami dyskowymi została dostarczona w ramach maksymalnie dwóch umów/zleceń/zamówień.

Wykonawca Sygnity wskazał w JEDZ usługę pn. „Opracowanie, wykonanie i wdrożenie rozwiązania dla Centrali ZUS oraz jego jednostek terenowych zintegrowanej hurtowni danych, która stanowiła będzie również źródło danych dla systemu aktuarialnego”. Zgodnie z JEDZ w ramach realizacji zamówienia zostały dostarczone licencje oprogramowania narzędziowego i standardowego (etap IIA) za łączną wartość 13 140 911,76 zł brutto, została dostarczona i uruchomiona infrastruktura sprzętowa, w tym serwery i macierze dyskowe (etap IIB) - za łączną wartość 5 982 887,17 zł brutto.

Z powyższego zapisu w JEDZ wynika, że w ramach przywołanej usługi wykonawca dostarczył infrastrukturę sprzętową, w tym serwery i macierze, a łączna wartość wszystkich dostaw infrastruktury sprzętowej wynosi 5 982 887,17 zł. Z JEDZ nie wynika jednak, że były

14

dostarczane serwery i macierze o łącznej wartości nie mniejszej niż 3 000 000 zł. Co więcej, zgodnie z uzyskanymi informacjami, projekt realizowany na rzecz ZUS nie został zakończony, zaś Sygnity powołuje się jedynie na fakt częściowej dostawy sprzętu, w tym częściowej jedynie dostawy serwerów i macierzy. Oznacza to, że wykonawca Sygnity nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego.

Ponadto złożony JEDZ zawiera następujące błędy, uzasadniające wezwanie wykonawcy do jego uzupełnienia na etapie oceny podmiotowej:

- Część II, lit. A - błędne wskazanie, czy wykonawca jest wpisany do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców - wykonawca Sygnity wskazał „nie”, podczas gdy w Polsce prawidłową informacją jest „nie dotyczy”;
- Część II, lit. A, lit. e - wykonawca oświadczył, że nie jest w stanie przedstawić zaświadczenia odnoszącego się do płatności składek na ubezpieczenie społeczne i podatków.

Odwołujący Sygnity wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania czynności wezwania przystępującego Engave i przystępującego BIT do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej przez wykonawców,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego Engave i przystępującego BIT.

Odwołujący Sygnity zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1, art.7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania wezwania przystępującego Engave i przystępującego BIT do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej przez Wykonawców; a tym samym m.in. umożliwienie temu wykonawcy złożenia oferty naruszającej zasad uczciwej konkurencji.
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert przystępującego Engave i przystępującego BIT, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku od przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Engave, pomimo iż treść tej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący Sygnity wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) wezwania przystępującego Engave i przystępującego BIT do złożenia wyjaśnień w trybie

- 3) odrzucenia oferty przystępującego Engave na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nie spełniającej wymagań SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty przystępującego BIT jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców, z wyłączeniem ofert podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Sygnity podniósł, że pismem z dnia 14 grudnia 2016 r. odwołujący Sygnity zwrócił się do zamawiającego z informacją dotyczącą możliwości zastosowania przez Engave oraz BIT cen rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie wskazując konieczność zwrócenia się przez zamawiającego do wskazanych wykonawców o złożenie stosownych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Odwołujący argumentował, iż wskazane przez wykonawców ceny mogą zawierać elementy cenowe i kosztowe rażąco niskie i odbiegające od ceny rynkowej w stosunku do przedmiotu zamówienia i winny budzić uzasadnioną wątpliwość, w tym ocenę czy nie stanowią one tym samym czynu nieuczciwej konkurencji. Powołując określone dowody na poparcie zasadności podniesionych zarzutów, odwołujący Sygnity wskazał, zgodnie z informacjami przedłożonymi mu przez dystrybutora oprogramowania Oracle (Value Added Distributor) - spółki Arrow ECS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, iż:

- oferta, którą otrzymał odwołujący Sygnity była jedyną ofertą dystrybuowaną przez Arrow ECS na potrzeby postępowania;
- oferta odwołującego Sygnity była (decyzją Oracle Polska) ofertą całościową, tj. ważną jedynie przy zamówieniu sprzętu, software, serwisu oraz usług, a zatem nie mogła być dzielona, zaś w przypadku podziału cena części składowych oferty znacznie rosła, gdyż odnosił się to do standardowego cennika Oracle;
- Arrow ECS sp. z o.o. jest jedynym dystrybutorem (Value Added Distributor) Oracle o statusie umożliwiającym sprzedaż licencji Oracle do partnerów Oracle w Polsce.

Przed złożeniem zamawiającemu własnej oferty, odwołujący Sygnity zwrócił się bezpośrednio do Oracle Polska i prowadził z nim korespondencję, celem uzyskania oferty dla przedmiotowego postępowania.

Odwołujący otrzymał bezpośrednią informację z Oracle Polska, że oferta będzie od tego dnia dostępna dla Partnerów Oracle i będzie dystrybuowana przez Arrow ECS sp. z o.o. Począwszy zatem od 25 listopada 2016 r. odwołujący Sygnity rozpoczął korespondencję z Arrow ECS sp. z o.o. celem uzyskania oferty dla odwołującego na przedmiotowe postępowanie otrzymując w tym samym dniu ofertę zakupu.

Zwracając się z prośbą o przedstawienie oferty odwołujący podkreślił, że należy zwrócić szczególną uwagę na termin realizacji, ponieważ, pomimo że krótszy termin jest oczywiście lepiej punktowany w ocenie ofert dokonywanej przez zamawiającego, to jednak „nie można tutaj zaoferować terminu, którego nie będziecie w stanie dotrzymać, bo jest to związane z karami za nieterminową realizację”. W ślad za tym, dnia 28 listopada 2016 r. odwołujący Sygnity otrzymał od Arrow ECS Sp. z o.o. potwierdzenie realizacji oferty w wymiarze 8 tygodni. Zwracał uwagę, że po pierwsze oferta wybrana przez zamawiającego w postępowaniu jako najkorzystniejsza nie była ofertą najlepszą cenowo, ale punktowo uplasowała się na pierwszej pozycji, ponieważ przystępujący Engave zaoferował termin realizacji 7 tygodni, gdzie wszyscy pozostali oferenci oferujący rozwiązanie Oracle wskazali termin 8 tygodni. Termin 7 tygodni, nie był możliwy do uzyskania, tj. nie był w ogóle oferowany / deklarowany rynkowo przez autora oferty (Oracle Polska).

Odwołujący podniósł, że po analizie cenowej złożonych ofert przez wykonawców Engave i BIT należy wskazać, że obie oferty są oparte dokładnie na tej samej wycenie, którą otrzymał również odwołujący Sygnity. W ofercie Engave ceny dla każdej jednej pozycji wyceny są niższe od dostępnej rynkowo oferty o 2,757%, natomiast w ofercie BIT większość pozycji (dziewięć z dwunastu) jest równa kosztowi rynkowego zakupu, a pozostałe trzy

pozycje (tj. pozycja nr 8, 11 i 12) są wyraźnie poniżej poziomu zakupu. Żaden ze wskazanych powyżej wykonawców nie zwrócił się do dystrybutora Arrow ECS Sp. z o.o. o przedstawienie oferty. Natomiast po analizie cen wskazanych przez tych wykonawców można wyprowadzić wniosek, że Wykonawcy Ci mieli wiedzę w przedmiocie kształtu oferty przedstawionej odwołującemu przez dystrybutora Arrow ECS Sp. z o.o. i dokonali stosownej modyfikacji warunków takiej oferty.

Arkusze przygotowane przez zamawiającego składał się z dwunastu pozycji i dokładnie wg takiego podziału została przygotowana oferta autorstwa Oracle Polska, przy czym Engave i BIT przedstawiły swoje oferty po dokonaniu następujących modyfikacji:

a) Engave każdą z pozycji, pomniejszył o określoną procentowo wartość (zarówno dla pozycji licencyjnych, sprzętowych, jak i usługowych) - dokładnie o 2,757%;

b) BIT dla dziewięciu pozycji wycenianych w składanej ofercie zaokrąglił wskazane kwoty do równych wartości zakupu netto, natomiast:

a. dla pozycji nr 8 „Dostawa licencji Oracle Golden Gate” - cena oferowana przez wykonawcę jest niższa od ceny zakupu o 132.029,09 zł,

b. dla pozycji nr 11 „Przeprowadzenie przez Wykonawcę Warsztatów dla administratorów” - cena oferowana przez wykonawcę jest niższa od ceny zakupu o 9.999,61 zł,

17

c. dla pozycji nr 12 „Usługi powdrożeniowe (w ramach prawa opcji) na Zintegrowanej Platformie Bazodanowej” - cena oferowana przez wykonawcę jest niższa od rynkowej ceny zakupu o 92.356,78 zł.

Porównując zatem łączną wartości ofert ww. wykonawców w stosunku do dostępnej na rynku oferty dla przedmiotowego postępowania:

a) oferta BIT jest tańsza od rynkowej ceny zakupu o 234.398,07 zł (tj. o 3,76 %) - różnica w szczególności na trzech produktach (wymienionych w lit. „b” powyżej);

b) oferta Engave jest tańsza od rynkowej ceny zakupu o 173.452,76 zł (tj. o 2,757%) - procentowa różnica na każdym jednym oferowanym produkcie.

Zgodnie z informacją producenta, a tym samym autora kompleksowej, całościowej nierozłącznej oferty dystrybuowanej przez Arrow ECS Sp. z o.o. do wskazywanych przez wykonawców cen należało jeszcze doliczyć koszty zakupu dodatkowych elementów takich jak: powerswitche, pachpanele, czy przełączniki Ethernet - co każdorazowo zwiększa wartość cenową oferty (poszczególnej pozycji wyceny).

W ocenie odwołującego Sygnity taka konstrukcja cenowa ofert powołanych powyżej wykonawców powinna była wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego, skutkujące wezwaniem wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający jednakże zaniechał uzyskania informacji od wykonawców, czym naruszył postanowienia art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący Sygnity podniósł, że w ścisłym związku z zarzutem naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp pozostaje zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Engave oraz BIT, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wskazał odwołujący Sygnity w piśmie z dnia 14 grudnia 2016 r. skierowanym do zamawiającego, wskazane przez wykonawców ceny zawierają elementy cenowe i kosztowe rażąco niskie i odbiegające od ceny rynkowej w stosunku do przedmiotu zamówienia i winny budzić uzasadnioną wątpliwość zamawiającego, skutkującą odrzuceniem ofert tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Oferta, którą otrzymał odwołujący Sygnity od dystrybutora oprogramowania Oracle (Value Added Distributor) - spółki Arrow ECS Sp. z o.o. (będącego jedynym dystrybutorem Oracle o statusie umożliwiającym sprzedaż licencji Oracle do partnerów Oracle w Polsce), była jedyną ofertą dystrybuowaną przez Arrow ECS na potrzeby postępowania. Takie okoliczności powinny wzbudzić u zamawiającego uzasadnione wątpliwości skutkujące w efekcie odrzuceniem ofert Engave i BIT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W dalszej części odwołania odwołujący Sygnity podniósł, że Engave w załączniku nr 1 do SIWZ, Lp. 4, zaoferował jako wyposażenie szafy rack przełączniki firmy CISCO model WS-C2960X-24TS-LL. Wyżej wymieniony przełącznik nie spełnia wymogów SIWZ opisanych

18

w rozdziale VI pkt 10 Konfiguracji Techniczno - Użytkowej, stanowiącej załącznik nr 2 do Umowy. Zgodnie z treścią punktu 10 „Każda z szaf musi być wyposażona w dwa zarządzalne przełączniki Ethernetowe L2 (warstwa 2). Każdy wyposażony w minimum 24 porty 1000Base-T oraz minimum 2 porty typu up-link o prędkości 10 Gb/s wraz z wkładkami w standardzie 10GBASE-SR (światłowod multi-mode) umożliwiające montaż w szafie typu rack.” Wywiódł, że zgodnie ze specyfikacją produktu, udostępnioną przez producenta CISCO, zaproponowany przez Engave przełącznik WS-C2960X-24TS-LL posiada 2 porty typu up-link SFP o przepustowości 1 Gb/s, zamiast wymaganych przez zamawiającego 10 Gb/s. Producent Cisco udostępnia dokument „Release Notes for Catalyst 2960-X and 2960-XR Series Switches, Cisco IOS Release 15.2(5b)E”, który między innymi zawiera informacje o rodzaju portów w danym przełączniku. W dokumencie opublikowanym 16 września 2016 r., rozdział „Supported Hardware, tabela 1 (strona 2 i 3) napisano, że przełącznik zaproponowany przez Engave obsługuje wyłącznie porty 1 Gb/s. Jako uzupełnienie informacji producent CISCO publikuje dokument opisujący kompatybilność przełączników z modułami 10 Gb/s. W rozdziale dotyczącym urządzeń z serii Cisco Catalyst 2960- X urządzenie zaproponowane przez Engave nie występuje co oznacza, że nie wspiera modułów 10 Gb/s. Wobec powyższego, należy ocenić, iż oferta Engave nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie wniesione przez odwołującego Comparex w sprawie o sygn. akt KIO 17/17 zamawiający wskazał, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego Comparex. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 17/17 po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie przystępujący Engave oraz przystępujący Bit. W trakcie posiedzenia Izby nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w ww. części. W pozostałym zakresie wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W odpowiedzi na odwołanie wniesione przez odwołującego Sygnity w sprawie o sygn. akt KIO 24/17 zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Engave z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

19

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 24/17 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie przystępujący Engave. W trakcie posiedzenia Izby złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w ww. części. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 24/17 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie przystępujący BIT. W trakcie posiedzenia Izby oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w ww. części. Wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 24/17 po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie przystępujący Comparex. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje treści SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego Comparex, oferty wykonawców BIT, Engave, Sygnity, pismo odwołującego Sygnity z 14 grudnia 2016 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 21 grudnia 2016 r., odwołania wraz z

załącznikami, odpowiedzi na odwołania wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczzone od nich wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego Comparex została odrzucona. Odwołujący Comparex domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz odrzucenia ofert wykonawców Bit, Sygnity i Engave. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego Comparex oraz zaniechał odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców skutkowałoby

20

koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia / wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego Comparex, jako najkorzystniejszej.

W przypadku odwołującego Sygnity jego oferta została sklasyfikowana na miejscu trzecim, za ofertą Engave i Bit. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia ofert tych wykonawców. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego Sygnity, jako najkorzystniejszej.

Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO 17/17

Postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 17/17 podlegało umorzeniu w części dotyczącej czynności odrzucenia oferty odwołującego Comparex. W pozostałej części odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców BIT, Engave oraz Sygnity z powodu niezgodności treści ofert tych wykonawców z treścią SIWZ zakresie wymogu z pkt VI. 6 załącznika nr 2 do umowy.

Stosownie do przywołanego postanowienia SIWZ *wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia zabezpieczeń (PDU), potrzebnych do prawidłowego redundantnego podłączenia wszystkich elementów infrastruktury informatycznej będących przedmiotem zamówienia a w szczególności każda z szaf musi być wyposażona w minimum w dwa PDU zakończone złączami C13 oraz dwa PDU zakończone złączami C19. Wszystkie PDU muszą mieć możliwość monitorowania poprzez sieć typu Ethernet.*

Izba wzięła pod uwagę, że w przywołanym postanowieniu SIWZ nie było mowy o konieczności zaoferowania 4 zabezpieczeń (PDU). SIWZ nakładała obowiązki zaoferowania 2 PDU zakończonych złączami C 13 i 2 PDU zakończonych złączami C19.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że wszyscy trzej wykonawcy zaoferowali szafę SUN Rack II SR1242 z dwiema listwami PDU firmy Oracle, 1 fazowymi, 22kVa/EMEA. Powyższe wynikało z formularzy cenowych, wypełnionych przez tych wykonawców, a załączonych do ofert. Stwierdzono także, że każda z listew PDU zawierała zarówno złącza C13 jak i złącza C19, co zapewniało redundantne połączenie infrastruktury informatycznej. Powyższe wynikało z treści oświadczeń firmy Oracle z 4 stycznia 2017 r. i 11 stycznia 2017 r., złożonych w trakcie posiedzenia (dowody oznaczone nr 9, 11 i 12). Dodatkowo z

21

załącznika do dowodu nr 11 wynikało jednoznacznie, że w tego rodzaju PDU jest montowanych 42 szt. złączy C13 oraz 6 złączy C19. Za nieodpowiadające rzeczywistości uznano zatem twierdzenia odwołującego Comparex przedstawione w odwołaniu, jakoby w szafie ww. typu dopuszczalny był montaż zaledwie dwóch PDU (jednego C13 i jednego

C19). W ocenie Izby, w sytuacji gdy na każdej z listew znajdują się oba złącza (to jest zarówno C13 jak i C19), zaoferowanie szafy z dwiema takimi listwami oznacza, że w szafach znajdują się zarówno 2 listwy ze złączami C13 jak i dwie listwy ze złączami C19. Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z jej utrwalonym orzecznictwem nie wolno tłumaczyć na niekorzyść wykonawców niejednoznacznych postanowień SIWZ. Tymczasem analizowane postanowienie można było również zinterpretować w sposób prezentowany przez zamawiającego i przystępujących po jego stronie. Wzięto także pod uwagę, że zamawiający mógł jednoznacznie zapisać w SIWZ, że należy zaoferować 4 listwy, z czego na dwóch mogą być zamontowane „wyłącznie” złącza C13, a na dwóch pozostałych – „wyłącznie” złącza C19. Taki zapis jednoznacznie i bezsprzecznie wykluczałby możliwość zaoferowania listew z oboma rodzajami złącz. Jednakże takiego zastrzeżenia próżno było szukać w treści SIWZ. Skoro zamawiający mógł sformułować wymaganie w sposób o wiele bardziej jednoznaczny i precyzyjny, a tego nie uczynił, to nie można obecnie dwuznacznych postanowień SIWZ tłumaczyć na niekorzyść wykonawców. Wobec powyższego odwołanie w omawianym zakresie podlegało oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mającego polegać za zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Engave z powodu sprzeczności treści oferty z postanowieniem pkt VIII.2 załącznika nr 2 do umowy, która miała się wyrażać w niewskazaniu w ofercie tego wykonawcy producenta dostarczanej infrastruktury sprzętowej jako podwykonawcy.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w świetle postanowienia pkt VIII.2 załącznika nr 2 do umowy zamawiający wymagał, aby *całość prac instalacyjnych była nadzorowana przez pracownika producenta dostarczanych elementów infrastruktury informatycznej*.

Literalna analiza przywołanego postanowienia prowadziła do wniosku, że zamawiający wymagał jedynie, aby wykonawca zapewnił jedynie nadzór pracownika producenta infrastruktury sprzętowej nad pracami instalacyjnymi. Podzielono stanowisko zamawiającego i przystępującego Engave, że zamawiający w tym postanowieniu nie wymagał, aby pracownik producenta wykonywał jakiegokolwiek prace instalacyjne.

Wbrew stanowisku odwołującego Comparex w treści SIWZ próżno było szukać wymogu, aby sprawowanie nadzoru musiało polegać na osobistym świadczeniu usługi nadzoru przybierającym postać fizycznej obecności pracownika producenta. Wzięto pod

22

uwagę, że zamawiający oprócz ogólnego wymogu o zapewnieniu nadzoru nie narzucił żadnych dalszych wymagań, w szczególności co do formy takiego nadzoru. Nie można było zatem wykluczyć także form zdalnego zapewnienia nadzoru polegającego na tym, że pracownik producenta zatwierdzi raport wykonawcy z wykonanych prac instalacyjnych, wyrażając tym samym akceptację dla rezultatu wykonanych prac. Wreszcie wykonywanie nadzoru niekoniecznie musiało polegać na świadczeniu tego rodzaju usługi w ramach stosunku pracy łączącego pracownika z producentem. Omawiane postanowienie nie wykluczało możliwości zawarcia przez przystępującego umowy cywilnoprawnej z osobą fizyczną, będącą pracownikiem producenta. Z tego samego powodu, wykonywanie nadzoru nie musiało przybierać postaci podwykonawstwa. W sytuacji gdy wykonanie omawianego elementu przedmiotu zamówienia zapewni osoba będąca pracownikiem producenta w ramach umowy cywilnoprawnej, prace będą wykonywane przy pomocy zasobów własnych przystępującego, który będzie dysponował taką osobą bezpośrednio.

Natomiast stanowisko odwołującego Comparex, jakoby z powodu zakazów konkurencji obowiązujących pracowników Oracle niemożliwe byłoby ewentualne zawarcie z nimi umowy cywilnoprawnej, pozostało gołosłowne. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swego twierdzenia. Biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie podlegało oddaleniu w omawianym zakresie.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym czynności odrzucenia oferty odwołującego Comparex.

Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, zaś żaden z przystępujących po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów*

przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Rozstrzyganie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji

23

o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

Izba nie orzekała o zarzutach naruszenia:

- 1) art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez niezasadne uznanie przez zamawiającego za skuteczne zastrzeżenie informacji złożonych przez wykonawcę Engave dotyczących braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp przez jego niezastosowanie do wykonawcy Engave pomimo niewykazania przez niego warunków udziału w postępowaniu i niewykluczenie wykonawcy Engave oraz w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty Engave jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ewentualnie brak wezwania wykonawcy Engave do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp,
- 3) art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp przez brak wezwania Engave do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp przed ogłoszeniem wyniku postępowania;
- 4) art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez niezasadne uznanie przez zamawiającego za skuteczne zastrzeżenie informacji złożonych przez BIT dotyczących części prac zlecanych podwykonawcom oraz oświadczenia o oddaniu do dyspozycji zasobów podmiotu trzeciego jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 5) art. 7 ustawy Pzp przez niepoinformowanie wykonawców o zastosowaniu lub nie procedury odwróconej określonej w art. 24aa ustawy Pzp, co narusza zasadę równego traktowania poprzez naruszenie prawa wykonawców do zaskarżenia czynności zamawiającego naruszających prawa wykonawców uczestniczących w postępowaniu;
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez niewykluczenie wykonawcy BIT oraz w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty BIT jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ewentualnie niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez brak wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia;

24

-
- 7) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez niewykluczenie wykonawcy Sygnity oraz w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty Sygnity jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ewentualnie niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez brak wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia,

gdyż odwołujący Comparex cofnął odwołanie w ww. części w trakcie rozprawy.

KIO 24/17

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 24/17 zasługiwało na uwzględnienie w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego Engave z powodu niezgodności treści oferty z treścią pkt VI.10 załącznika nr 2 do umowy. W pozostałym zakresie odwołanie okazało się niezasadne.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy Engave z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ wyrażoną w pkt VI 10 załącznika nr 2 do umowy. Zarzuty w omawianym zakresie zostały uwzględnione przez zamawiającego, jednak przystępujący Engave wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w ww. części, zatem odwołanie w tym zakresie również podlegało rozpoznaniu przez Izbę. Zgodnie bowiem z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.*

Zgodnie z postanowieniem pkt VI.10 załącznika nr 2 do umowy *Każda z szaf musi być wyposażona w dwa zarządzalne przełączniki Ethernetowe L2 (warstwa 2). Każdy wyposażony w minimum 24 porty 1000Base-T oraz minimum 2 porty typu up-link o prędkości 10Gb/s wraz z wkładkami w standardzie 10GBASE-SR (światłowod multi-mode) umożliwiające montaż w szafie typu rack.*

W świetle ww. wymogu, zamawiający oczekiwał dostarczenia przełączników, co do których sformułował dalsze wymagania, między innymi co do konieczności posiadania 2 portów o prędkości 10 Gb/s wraz z wkładkami.

W oparciu o dowody stanowiące załączniki nr 9, 10 i 11 do odwołania oraz tłumaczenia tych załączników złożone przez odwołującego Sygnity w trakcie osiedzenia, stwierdzono, że przełączniki firmy Cisco model WS- C2960X-24TS-LL, zaoferowane przez

25

przystępującego Engave, posiadały wprawdzie 2 porty typu up-link jednakże o przepustowości 1 Gb/s, zamiast wymaganych przez zamawiającego 10 Gb/s.

Z treści załącznika nr 9 do odwołania, to jest wydruku ze strony internetowej firmy Cisco, zawierającego fragment dokumentacji technicznej oferowanych przełączników wynikało, że przełączniki Cisco typu 2960x mogą posiadać porty uplink o prędkości 1G (SFP) albo 10 G, czyli SFP +. Natomiast w tabeli nr 23 znajdującej się na s. 24 w załączniku nr 9 wskazano, że oferowany model przełącznika WS-C2960X-24TS-LL posiada interfejsy uplink w standardzie jedynie SFP (a więc o prędkości 1 Gb/s), a nie SFP + (10 Gb/s). Z kolei w załączniku nr 10 do odwołania, stanowiącym wydruk ze strony internetowej producenta przełączników tj. firmy Cisco i obejmującym fragment dokumentacji technicznej wynikało, że przełącznik Cisco 2960X-24TS-LL posiada jedynie dwa sloty SFP. Wreszcie w dowodzie stanowiącym załącznik nr 11 do odwołania, stanowiącym wydruk ze strony internetowej Cisco, i obejmującym fragment dokumentacji technicznej na str. 66 i 67 podano listę urządzeń kompatybilnych ze standardem SFP + 10 Gb/s. Na liście tej nie figurował jednak przełącznik oferowany przez przystępującego Engave.

Przystępujący Engave w trakcie rozprawy argumentował, że jego intencją było podłączenie do oryginalnego portu przetacznika Cisco WS-C2960X-24TS-L nieoryginalnych wkładek (przełączników) produkowanych przez inny podmiot.

Izba wzięła pod uwagę, że w treści formularza cenowego przystępującego Engave nie było informacji o tym, że oferuje przełącznik w niestandardowej konfiguracji, a mianowicie z wkładkami (przełącznikami), które rzekomo miałyby zwiększać prędkość portu uplink oferowanego przełącznika do prędkości 10 Gb/s. Jednakże przyjmując najbardziej korzystną dla przystępującego interpretację formularza cenowego, zgodnie z którą wymóg podania w formularzu danych identyfikujących model i producenta przełącznika nie oznaczał konieczności ujawniania danych co do producenta i modelu wkładki, która miała rzekomo modyfikować istotne cechy tego przełącznika, nie oznaczało jednak, że takie rozwiązanie jest zgodne z SIWZ.

Jak wskazano wcześniej, odwołujący Sygnity wykazał bezspornie, że porty oferowanego modelu przełącznika pracują z prędkością jedynie 1 Gb/s. Tymczasem wymóg zamawiającego oznaczał konieczność zapewnienia prędkości tych portów na poziomie 10 Gb/s. Na pytanie przewodniczącego przystępujący Engave odparł, że nieoryginalne wkładki (przełączniki) będą jednak podłączane do oryginalnego portu przełącznika Cisco WS-C2960X-24TS-L, który - jak wynikało z dowodów złożonych przez odwołującego Sygnity - bezspornie zapewniał jedynie prędkość 1 Gb/s. Na kolejne pytanie przewodniczącego przystępujący nie potrafił wyjaśnić, w jaki sposób podłączenie nieoryginalnych przełączników do oryginalnego portu przełącznika o przepustowości 1 Gb/s spowoduje, że port ten zacznie pracować z prędkością 10 Gb/s. Powyższe nie wynikało także z treści dowodu złożonego

26

przez przystępującego Engave w postaci korespondencji mailowej, utajnionej jako tajemnica przedsiębiorstwa nie tylko przed uczestnikami postępowania, ale także przed zamawiającym.

Izba uznała, że dowód w postaci korespondencji mailowej przedstawiony przez przystępującego Engave należy oceniać z dużą ostrożnością. Zawartość maila sprowadzała się do dwuzdaniowej korespondencji. W mailu tym była mowa o testach, których wyników nie przedstawiono jednak Izbie, ani nawet bliżej nie sprecyzowano. Wzięto pod uwagę, że przystępujący nie złożył żadnych dowodów w postaci dokumentacji technicznej, dzięki której można by stwierdzić, w jaki sposób ingerencja w port polegająca na zastosowaniu nieoryginalnych wkładek tak znacznie zwiększa jego prędkość. Nie należało tracić z pola widzenia faktu, że omawiany dowód nie powstał w trakcie przygotowywania oferty, ale dopiero po zapoznaniu się przystępującego Engave z dowodami załączonymi do odwołania. Niewątpliwie zatem został stworzony na potrzeby postępowania odwoławczego, co nakazywało traktowanie go z dużą ostrożnością, biorąc również pod uwagę fakt, że w ofercie nie było żadnej wzmianki o takim rozwiązaniu.

Tymczasem dowody złożone przez odwołującego Sygnity okazały się bardziej konkretne. Można było w oparciu o nie ustalić, że stanowią wydruki ze strony internetowej producenta oferowanego przełącznika, a także, że stanowią fragment dokumentacji technicznej tych urządzeń. Zawierały informacje natury technicznej pozwalające ocenić sporne właściwości przełącznika. Ponadto, w przeciwieństwie do dowodów przystępującego Engave, dowody te nie zostały stworzone na potrzeby postępowania odwoławczego. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała odwołanie w rozpatrywanej części za zasadne.

W konsekwencji nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru przystępującego Engave jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Engave na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ w ww. zakresie.

Izba uznała za chybiony zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie dokonania wezwania wykonawców Engave oraz BIT do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej przez nich w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że w razie sformułowania zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wszczęcia procedury wyjaśniającej, w przeciwieństwie do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, obowiązuje klasyczny rozkład ciężaru dowodu, wynikający z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Stwierdzono, że odwołujący Sygnity nie sprostął ciężarowi wykazania zasadności tego zarzutu.

27

Odwołujący Sygnity, celem udowodnienia zasadności zarzutu złożył dowody, które obrazować miały sposób budowania przez niego jego własnej ceny ofertowej. Wywodził w oparciu o te dowody, że:

- a) oferta, którą on sam otrzymał była jedyną ofertą dystrybuowaną przez Arrow ECS na potrzeby postępowania;
- b) oferta odwołującego była (decyzją Oracle Polska) ofertą całościową, tj. ważną jedynie przy zamówieniu sprzętu, software, serwisu oraz usług, a zatem nie mogła być dzielona, zaś w przypadku podziału cena części składowych oferty znacznie rosła, gdyż odnosił się to do nich standardowy cennik Oracle;

c) Arrow ECS sp. z o.o. jest jedynym dystrybutorem (Value Added Distributor) Oracle o statusie umożliwiającym sprzedaż licencji Oracle do partnerów Oracle w Polsce.

Izba stwierdziła, że w świetle dowodów przedstawionych przez przystępujących Engave i BIT oraz zamawiającego, powyższe twierdzenia okazały się nieprawdziwe.

Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie oświadczenie firmy Oracle Polska sp. z o.o. z 4 stycznia 2017 r., z którego wynikało, że *firma ta oferuje swoje produkty bezpośrednio do klientów lub przez autoryzowaną sieć partnerską. Autoryzowani partnerzy mogą uzyskać ofertę bezpośrednio od Oracle lub poprzez jedynego dystrybutora na terenie Polski - Arrow ECS Polska sp. z o.o. Oba te kanały są równoprawne.* Jak wynikało z powyższego, korzystanie z usług Arrow ECS Polska sp. z o.o. nie było jedynym kanałem pozyskania oferty produktów Oracle. W mailu z 14 grudnia 2016 r., który przedstawiciel odwołującego Sygnity otrzymał od Pana A. M. z Arrow ECS sp. z o.o. (załącznik nr 5 do odwołania) wynikało wprost, że autoryzowani partnerzy mogą nabywać licencje Oracle od autoryzowanego dystrybutora lub bezpośrednio od Oracle Polska. Dowodami, które najdobitniej zaś potwierdzały ten fakt, było istnienie ofert uzyskanych przez przystępujących Engave oraz Bit przed złożeniem oferty bezpośrednio od firmy Oracle, z pominięciem firmy Arrow ECS sp. z o.o.

W dalszej kolejności, po porównaniu ofert Arrow dla Sygnity, z ofertami Oracle dla Engave oraz Oracle dla Bit, stwierdzono, że oferta Arrow dla Sygnity nie była identyczna ani najkorzystniejsza. Rzeczywiście oferta Arrow ECS dla Sygnity była ofertą całościową, obejmującą sprzęt, software, serwis oraz usługi, gdyż tylko taką ofertę dla Sygnity Arrow uzyskała od Oracle, co wynikało z korespondencji mailowej, załączonej do odwołania. Tymczasem, analogicznego zastrzeżenia próżno było szukać w ofercie Oracle dla Engave, co ujawnił pełnomocnik przystępującego Engave i co znalazło odbicie w treści oferty. Porównanie fragmentów ofert Oracle dla BIT (s. 5 i 6 oferty), Oracle dla Engave (s. 5 oferty) oraz Arrow dla Sygnity prowadziło do wniosku, że oferty te różniły się także pod względem ceny. Przykładowo oferta Oracle dla BIT (s. 5 oferty) była korzystniejsza od oferty Arrow dla

28

Sygnity o co najmniej 900 tysięcy złotych netto. Ponadto oferta dla firmy Bit była ofertą wariantową (s. 5 i 6 oferty). W tej sytuacji stanowisko odwołującego Sygnity jakoby obie oferty konkurencyjne musiały być oparte dokładnie na tej samej wycenie, którą otrzymał również odwołujący, nie znalazło potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Powyższe ustalenia przeczyły także tezie odwołującego Sygnity jakoby oferta BIT była tańsza od rynkowej ceny zakupu o 234.398,07 zł (tj. o 3,76 %) zaś oferta Engave - tańsza od rynkowej ceny zakupu o 173.452,76 zł (tj. o 2,757%) . Wbrew stanowisku odwołującego Sygnity rynkowej ceny zakupu nie wyznaczała bowiem wysokość i kształt oferty Arrow przygotowana dla odwołującego Sygnity. Przeczyły temu ceny bowiem ceny ofertowe otrzymane przez obu przystępujących od firmy Oracle. Oferty otrzymane przez obu przystępujących stanowiły dowód, że rynkowe ceny zakupu kształtują się na zupełnie innym, o wiele niższym poziomie, aniżeli wskazywał odwołujący Sygnity. Co więcej, wszystkie trzy oferty różnią się pomiędzy sobą, co może wskazywać na słuszność argumentacji obu przystępujących odnośnie możliwości podjęcia dalszych negocjacji z firmą Oracle.

Natomiast stanowisko odwołującego Sygnity, jakoby wykonawcy ci mieli wiedzę w przedmiocie kształtu oferty przedstawionej odwołującemu przez Arrow ECS sp. z o.o. pozostało gołosłowne. Wywodzenie tej okoliczności na podstawie prostego porównania cen w formularzach cenowych było niewystarczające. W ocenie Izby, jeżeli rozwiązania oferowane przez kilku wykonawców opierają się na produktach tego samego producenta, to ceny ofertowe proponowane za ich dostawę mogą być do siebie zbliżone, czy też różnić się o pewien stały wskaźnik. Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp uznano za chybiony.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Engave oraz BIT, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku od przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia

stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa

29

Dona Alfonsa”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie (...) „

Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego Engave ani przystępującego BIT do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

Izba nie mogła rozpoznać zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1, art. 3 ust. 2, art. 15 ust. 1 pkt 1-3, pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk). Zdaniem odwołującego Sygnity naruszenie to miało polegać na zaniechaniu odrzucenia ofert Engave i BIT, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przywołanych przepisów uznk.

Izba stwierdziła, że zarzuty takie zostały przedstawione dopiero w trakcie rozprawy. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu.

Odwołujący Sygnity utrzymywał, że zarzut o ww. treści przedstawił w odwołaniu wskazując na fakt, że w odwołaniu wskazał jako naruszony przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Uszło uwadze odwołującego Sygnity, że za zarzut uznaje się wskazanie konkretnych okoliczności faktycznych, które świadczą o naruszeniu przez zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp. Za nowy zarzut uznaje się wskazanie nowych okoliczności faktycznych wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu. W ocenie Izby w odwołaniu próżno było szukać przywołania okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o postawieniu przez odwołującego ww. zarzutów, które – jak sam wskazywał w trakcie rozprawy – formułuje pod wpływem analizy treści dowodów złożonych przez przystępujących Engave i BIT.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje

30

postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2, 3, 4 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 5, 6 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza

uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania.

W sprawie o sygn. akt KIO 17/17, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp. Zatem odwołanie musiało podlegać oddaleniu.

W sprawie o sygn. akt KIO 24/17 stwierdzono naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy Engave z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ wyrażoną w pkt VI 10 załącznika nr 2 do umowy. Zaniechanie to ma wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, która wybrał jako najkorzystniejszą. Wobec powyższego odwołanie w omawianej części musiało zostać uwzględnione. W pozostałej części nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp. Zatem odwołanie w tym zakresie musiało podlegać oddaleniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba, w sprawie o sygn. akt KIO 24/17, wobec częściowego uwzględnienia odwołania, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Engave sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

31

Pzp z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią pkt VI.10 załącznika nr 2 do umowy, w sposób wskazany w pkt 3 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 i 4 sentencji.

Odnosnie części postępowania odwoławczego, która podlegała umorzeniu, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13.

Z kolei, jak wynika z art. 186 ust. 6 pkt 3 Pzp, koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi:

- a) odwołujący, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę,
- b) wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.

W sprawie o sygn. akt KIO 24/17 odwołanie zostało uwzględnione przez zamawiającego w części dotyczącej zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Engave, lecz zostało w tym zakresie rozpoznane wskutek wniesienia sprzeciwu przez tego

32

wykonawcę. W tym zakresie spór przed Izbą toczył się zatem między wnoszącym sprzeciw przystępującym Engave a odwołującym Sygnity. Ponieważ odwołanie w omawianej części zostało uwzględnione, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił wnoszący sprzeciw, na zasadzie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp.

W pozostałym zakresie zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, zatem spór toczył się pomiędzy nim a odwołującym Sygnity. Odwołanie w tej części podlegało oddaleniu, zatem odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił odwołujący Sygnity, na zasadzie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a Pzp. W szczególności kosztami w tej części nie można było obciążyć przystępującego Engave, gdyż w omawianym zakresie nie był „wnoszącym sprzeciw”, w rozumieniu art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp. Kosztami w tej części nie można było także obciążyć zamawiającego, gdyż nie pozwalają na to przytoczone wyżej przepisy.

W tej sytuacji Izba, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, obciążyła kosztami postępowania KIO 24/17 odwołującego Sygnity i przystępującego Engave, każdego w wysokości po ½. Ponieważ na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokości 15.000 zł uiszczony przez odwołującego Sygnity, Izba zasądziła od przystępującego Engave na rzecz odwołującego Sygnity kwotę 7.500 zł, tytułem zwrotu połowy wniesionego wpisu od odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 24/17 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

W sprawie o sygn. akt KIO 17/17 Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym czynności odrzucenia oferty odwołującego Comparex. Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, zaś żaden z przystępujących po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie*. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co – w omawianym zakresie - nie nastąpiło. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba rozpoznała odwołanie jedynie w pozostałym zakresie i stwierdziła, że w rozpoznawanym

33

zakresie podlega ono oddaleniu. Zatem odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił odwołujący Comparex.

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 17/17 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

34

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....