

Sygn. akt: KIO 827/17, KIO 837/17, KIO 838/17

WYROK
z dnia 17 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia br. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cube.ITG spółka akcyjna w Warszawie i Betacom spółka akcyjna w Warszawie (sygn. akt KIO 827/17)
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SANSEC Poland spółka akcyjna w Warszawie i Engave spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (sygn. akt KIO 837/17)
- C. wykonawcę Comarch Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (sygn. akt KIO 838/17)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów Biuro Zamówień Publicznych i Logistyki w Radomiu

przy udziale:

- A. wykonawcy A.P.N. Promise spółka akcyjna w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 827/17, KIO 837/17 oraz KIO 838/17 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy Comarch Polska spółka akcyjna w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 827/17, KIO 837/17 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy Comtegra spółka akcyjna w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 827/17, KIO 837/17 oraz KIO 838/17 po stronie zamawiającego,

-
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems spółka akcyjna w Gdyni i Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 827/17, KIO 837/17 oraz KIO 838/17 po stronie zamawiającego,
 - E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SANSEC Poland spółka akcyjna w Warszawie i Engave spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 827/17 po stronie zamawiającego oraz KIO 838/17 po stronie odwołującego,
 - F. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cube.ITG spółka akcyjna w Warszawie i Betacom spółka akcyjna w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 837/17 oraz KIO 838/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1A. Oddala odwołanie sygn. akt KIO 827/17.
- 1B. Uwzględnia odwołanie sygn. akt KIO 837/17, unieważnia czynność badania i oceny ofert i nakazuje zamawiającemu Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów Biuro Zamówień Publicznych i Logistyki w Radomiu powtórzenie badania i oceny ofert oraz ujawnienie informacji złożonych przez wykonawcę Comtegra spółka akcyjna w Warszawie w zakresie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykazu głównych dostaw wraz dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie, wyjaśnienia do tego wykazu oraz wykaz osób. Pozostałe zarzuty odwołania oddala.
- 1C. Oddala odwołanie sygn. akt KIO 838/17.

2A. Kosztami postępowania sygn. akt KIO 827/17 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cube.ITG spółka akcyjna w Warszawie i Betacom spółka akcyjna w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cube.ITG spółka akcyjna w Warszawie i Betacom spółka akcyjna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cube.ITG spółka akcyjna w Warszawie i Betacom spółka akcyjna w Warszawie na rzecz zamawiającego Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów Biuro Zamówień Publicznych i Logistyki w Radomiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset

2

złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2B. kosztami postępowania sygn. akt KIO 837/17 obciąża zamawiającego Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów Biuro Zamówień Publicznych i Logistyki w Radomiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SANSEC Poland spółka akcyjna w Warszawie Engave spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów Biuro Zamówień Publicznych i Logistyki w Radomiu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SANSEC Poland spółka akcyjna w Warszawie Engave spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 18 680 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset osiemdziesiąt złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztu dojazdu.

3B. Kosztami postępowania sygn. akt KIO 838/17 obciąża wykonawcę Comarch Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Comarch Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Comarch Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie na rzecz zamawiającego Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów Biuro Zamówień Publicznych i Logistyki w Radomiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

3

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Radomiu**.

Przewodniczący:

.....
.....

4

Sygn. akt KIO 827/17, KIO 837/17, KIO 838/17

Uzasadnienie

I. Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów Biuro Zamówień Publicznych

i Logistyki w Radomiu (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa usługi odtworzenia po katastrofie dla kluczowych usług elektronicznych resortu Finansów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 28 grudnia 2016 r., poz. 2016/S 250-460679. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa).

W dniu 24 kwietnia br. przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cube.ITG spółka akcyjna w Warszawie i Betacom spółka akcyjna w Warszawie (sygn. akt KIO 827/17);
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SANSEC Poland spółka akcyjna w Warszawie Engave spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (sygn. akt KIO 837/17);
- wykonawcę Comarch Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (sygn. akt KIO 838/17)

zostały wniesione odwołania, które następnie zostały połączone do łącznego rozpoznania.

Sygn. akt KIO 827/17

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Cube.ITG spółka akcyjna w Warszawie i Betacom spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący albo Konsorcjum Cube) zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na uznanie, iż wartość Faz F1 i F5 w sumie przekracza 5% ceny ofertowej brutto, pomimo tego, iż w rzeczywistości wartość tych Faz nie powinna obejmować wartości

5

szkoleń, których wartość przesądziła o przekroczeniu 5% limitu dla sumy wartości Faz F1 i F5,

a w przypadku nieuwzględnienia argumentacji wskazanej powyżej:

2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu pomimo, że Zamawiający mógł i powinien był poprawić inną omyłkę w ofercie Odwołującego.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności oceny złożonych ofert (z uwzględnieniem ewentualnie dokonania czynności poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego)
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Podniesione zarzuty Odwołujący uzasadniał następująco:

Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona z uwagi na to, iż nie odpowiada ona treści SIWZ w tym względzie, iż łączna cena za Fazę F1 i F5 przekracza limit 5% wartości wynagrodzenia całkowitego, co jest niezgodne z zapisami Rozdziału VI ust. 3 SIWZ.

W ocenie Odwołującego, SIWZ w tym względzie był nieprecyzyjny i wewnętrznie sprzeczny, co nie może w konsekwencji prowadzić do powstania negatywnych konsekwencji dla Odwołującego. Z jednej strony w ROZDZIALE VI ust. 3 rzeczywiście Zamawiający wskazuje, iż: „Wynagrodzenie łączne za wykonanie Faz F1 i F5 nie może przekroczyć 5% łącznej wartości wynagrodzenia całkowitego”, jednocześnie w załączonym (będącym integralną częścią SIWZ) formularzu cenowym wyraźnie rozgraniczone zostały ceny - oddzielnie za Fazę F1, oddzielnie za szkolenia i oddzielnie za Fazę F5. Z punktu widzenia Odwołującego, kierując się cytowanym w piśmie Zamawiającego postanowieniem Rozdziału VI ust. 3 SIWZ, które wyraźnie odnosiły się wyłącznie do Faz F1 i F5 (nie zaś do wymienionych w Formularzu cenowym Szkoleń) uwzględnił 5% limit wartości wynagrodzenia wyłącznie dla pozycji literalnie wskazanych w postanowieniu Rozdziału VI ust. 3 SIWZ, czyli dla Fazy F1 i F5, ale nie dla szkoleń. Zsumowana wartość realizacji Fazy F1 i F5 (bez szkoleń), zgodnie

z Formularzem cenowym Odwołującego wynosi ok. 4,75% wartości ceny ofertowej brutto. Biorąc pod uwagę, iż dokumentacja postępowania jak wynika z przytoczonych zapisów była zdaniem Odwołującego niejednoznaczna, gdyż w jednym miejscu wymagała uwzględnienia przy obliczeniu 5% limitu wyłącznie cen za Fazy F1 i F5, w innym zaś miejscu dodatkowo wartości szkoleń, należy dojść do przekonania, że Wykonawca miał prawo dojść do przekonania, iż wymagany treścią SIWZ limit dotyczy wyłącznie cen za wykonanie Faz F1 i F5, bez uwzględnienia ceny Szkoleń. Skoro bowiem zgodnie z Formularzem cenowym cenę Fazy 1 i Fazy 5 należało oddzielić od ceny szkoleń - nie można uznać, że

6

postanowienia SIWZ z których wynika, iż w 5% limicie mają być też ujęte szkolenia są w tym zakresie jednoznaczne. Wręcz przeciwnie - konstrukcja formularza cenowego z całą pewnością jednoznacznie sugeruje, że cena szkoleń nie jest elementem sumy cen za Fazy F1 i F5. Nawet jeżeli intencją Zamawiającego było ustalenie limitu wartości dla sumy Faz F1, F5 i szkoleń na poziomie 5% to z całą pewnością intencja ta nie została, w ocenie Odwołującego, jednoznacznie wyrażona w SIWZ. Co więcej - konstrukcja wzoru Formularza cenowego, która z góry wymuszała odrębne wskazanie wartości szkoleń oraz wartości Faz F1 i F5, a w konsekwencji również wymuszała konstrukcję oferty-jednoznacznie sugerowała, iż szkolenia stanowią odrębną pozycję. Wobec takich postanowień SIWZ nie sposób uznać, że oferta zawierająca wyodrębnione ceny za Fazy F1 i F5 (których wartość zgodnie z wymaganiami SIWZ nie przekroczyła 5%) oraz z wartością szkoleń pozostaje w sprzeczności z postanowieniami SIWZ.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosił, iż nawet w przypadku, gdyby rzeczywiście przyjąć interpretację zgodnie z którą należało zaliczyć wartość szkoleń do sumy wartości Faz F1 i F5, dla której to obowiązywał limit 5% wartości Umowy (co jak wykazano nie wynika jednoznacznie z treści SIWZ), a zatem uznać, iż w ofercie Odwołującego zaistniała niezgodność tej oferty z treścią SIWZ, to w okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego i tak oferta Odwołującego nie powinna była zostać odrzucona, gdyż Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z dyspozycją powołanego przepisu Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Dalej Odwołujący wywodził, iż jeśli nawet nie uzna się racji Odwołującego w zakresie faktu możliwości różnej interpretacji SIWZ, to należy dojść do wniosku, iż Wykonawca przyjął przez omyłkę niewłaściwą interpretację SIWZ, co spowodowało - wbrew zamierzeniu Odwołującego - do powstania niezgodności pomiędzy treścią jego oferty a treścią SIWZ. Przy czym omyłka Odwołującego polegała na tym, iż chcąc dochować warunku określonego w SIWZ przyjął, iż wartość szkoleń nie stanowi elementu wchodzącego w skład 5% limitu określonego treścią SIWZ. Nie ulega więc wątpliwości, iż pomimo starań o zachowanie zgodności z treścią SIWZ Odwołujący działając w błędnym przeświadczeniu nie zaliczył do wyznaczonego przez Zamawiającego limitu wartości Faz F1 i F5 wartości szkoleń. Oczywiście jest jednak w świetle całokształtu okoliczności fakt, iż był to wynik wyłącznie omyłki, a nie celowe zamierzenie Wykonawcy, które prowadziłoby do ewidentnej sprzeczności z treścią SIWZ. W ocenie Odwołującego poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego nie wpłynie w żaden sposób na treść złożonej przez Wykonawcę oferty. Należy bowiem zauważyć, iż ewentualna niezgodność treści oferty Wykonawcy z treścią SIWZ polega na tym, iż po doliczeniu wartości szkoleń został przekroczony 5% próg wartości

7

dla Fazy 1 i Fazy 5. Odwołujący proponował poprawienie oferty następująco: nadwyżka z kwoty szkoleń ponad wyliczony próg 5% powinna zostać przeniesiona do innej pozycji Formularza Cenowego zawierającej koszty realizacji usług (nie wskazał, której pozycji).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a następnie na rozprawie, wnosił o jego oddalenie.

Wobec zarzutów odwołania sygn. akt KIO 827/17 Zamawiający wywodził, iż Odwołujący wyprowadzał wszelkie wnioski wyłącznie z treści formularza cenowego, pomijając jasną

i niebudzącą wątpliwości treść SIWZ. Żaden z wykonawców nie wnosił o wyjaśnienia treści specyfikacji w tym zakresie. Zdaniem Zamawiającego, niezgodność z treścią SIWZ w ofercie Odwołującego nie kwalifikuje się do poprawienia, ponieważ po pierwsze, nie wiadomo, jaką kwotę Zamawiający powinien ująć z nadwyżki, a po drugie - do jakiej pozycji odjętą kwotę przypisać. Prowadziłoby to do negocjacji odnośnie treści oferty.

Sygn. akt KIO 837/17

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SANSEC Poland spółka akcyjna w Warszawie Engave spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący albo Konsorcjum Sansec):

1. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1.1. w odniesieniu do wykonawcy Comtegra S.A. (dalej jako „Comtegra”) oraz jego oferty:

1.1.1. nieprawidłowej ocenie oferty Comtegra i zaniechaniu jej odrzucenia wskutek tego, że jest ona sprzeczna w swej treści z treścią SIWZ, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 SIWZ,

1.1.2. nieprawidłowej ocenie oferty Comtegra w zakresie kryterium oceny oferty pn.

„Gwarancja producenta oprogramowania” poprzez przyznanie tej ofercie 10 pkt w ramach tego kryterium, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych,

1.1.3. zaniechaniu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu dokumentów (zawartych w nich informacji):

1.1.3.1. oświadczenia Comtegra wraz z uzasadnieniem o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do nw. Wykazu usług i Wykazu osób (dalej jako „Zastrzeżenie tajemnicy”),

1.1.3.2. pełnego wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wyjaśnieniami składanymi do tego wykazu (dalej jako „Wykaz dostaw”),

8

1.1.3.3. wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji i doświadczenia (dalej jako „Wykaz osób”),

co stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych,

1.2. w odniesieniu do wykonawcy APN Promise S.A. (dalej jako „APN”) oraz jego oferty:

1.2.1. nieprawidłowej ocenie oferty APN i zaniechaniu jej odrzucenia wskutek tego, że jest ona sprzeczna w swej treści z treścią SIWZ, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 SIWZ,

1.2.2. nieprawidłowej ocenie oferty APN w zakresie kryterium oceny oferty pn. „Gwarancja producenta oprogramowania” poprzez przyznanie tej ofercie 10 pkt w ramach tego kryterium, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych,

1.3. w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Asseco Data Systems S.A. i Symmetry sp. z o.o. (dalej jako „Asseco”) oraz ich oferty:

1.3.1. nieprawidłowej ocenie oferty Asseco i zaniechaniu jej odrzucenia wskutek tego, że jest ona sprzeczna w swej treści z treścią SIWZ, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 SIWZ,

1.3.2. nieprawidłowej ocenie oferty Asseco w zakresie kryterium oceny oferty pn.

„Gwarancja producenta oprogramowania” poprzez przyznanie tej ofercie 10 pkt w ramach tego kryterium, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych,

1.4. w odniesieniu do wykonawcy Comarch Polska S.A. (dalej jako „Comarch”) oraz jego oferty:

1.4.1. nieprawidłowej ocenie oferty Comarch i zaniechaniu jej odrzucenia wskutek tego, że jest ona sprzeczna w swej treści z treścią SIWZ, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 SIWZ,

1.5. w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie CUBE ITG S.A. i Betacom S.A. (dalej jako „CUBE”) oraz ich oferty:

1.5.1. nieprawidłowej ocenie oferty Cube i zaniechaniu jej odrzucenia wskutek tego, że jest ona sprzeczna w swej treści z treścią SIWZ, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 SIWZ,

2. powyższym czynnościom zarzucam naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i art. 8 ust. 113 Prawa zamówień publicznych,

3. z uwagi na powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia

czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert, w tym:

3.1. w odniesieniu do wykonawcy Comtegra i jego oferty:

3.1.1. odrzucenia oferty Comtegra jako sprzecznej z treścią SIWZ,

3.1.2. dokonania ponownej oceny oferty i przyznania w kryterium oceny ofert „Gwarancja producenta oprogramowania” tej ofercie 0 pkt,

9

3.1.3. uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienia Odwołującemu Zastrzeżenia tajemnicy, Wykazu dostaw i Wykazu osób,

3.2. w odniesieniu do wykonawcy APN i jego oferty:

3.2.1. odrzucenia oferty APN jako sprzecznej z treścią SIWZ,

3.2.2. dokonania ponownej oceny oferty i przyznania w kryterium oceny ofert „Gwarancja producenta oprogramowania” tej ofercie 0 pkt,

3.3. w odniesieniu do wykonawcy Asseco i jego oferty:

3.3.1. odrzucenia oferty Asseco jako sprzecznej z treścią SIWZ

3.3.2. dokonania ponownej oceny oferty i przyznania w kryterium oceny ofert „Gwarancja producenta oprogramowania” tej ofercie 0 pkt,

3.4. w odniesieniu do wykonawcy Comarch i jego oferty:

3.4.1. odrzucenia oferty Comarch jako sprzecznej z treścią SIWZ,

3.5. w odniesieniu do wykonawcy CUBE i jego oferty:

3.5.1. odrzucenia oferty CUBE jako sprzecznej z treścią SIWZ,

3.6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Zarzuty dotyczące wykonawcy Comtegra.

[zarzut zaniechania odrzucenia oferty Comtegra jako sprzecznej z treścią SIWZ - oprogramowanie dla wirtualnego środowiska sieciowego]

Comtegra w Załączniku AI do formularza oferty (dalej jako „Załącznik AI”) tabela AI_12 pt.

System komunikacji LAN/WAN w CPD MF zarówno dla zamówienia podstawowego (poz. 3) jak i opcji (poz. 5), wskazała, że oferuje rozwiązanie producenta Cisco. Odwołujący oświadczał, że nie ma na rynku żadnego produktu Cisco (w całym portfolio jego produktów), który spełniałaby wymagania właściwe dla tych pozycji (nazwanych C.LAN.SDN.1 lub C.LAN.SDN.2). Jedynym produktem, o parametrach zbliżonych (ale nie identycznych) do wymaganych w SIWZ dla ww. pozycji to Cisco ACI. Wszelkie inne produkty Cisco tak dalece odbiegają od wymaganych parametrów, że ich rozpatrywanie nie ma żadnego sensu. Stąd też w dalszej analizie ten właśnie produkt poddany został analizie. Zamawiający w tabeli parametrów wirtualnego środowiska sieciowego SDN (C.LAN.SDN.1 - pozycja 1.4.7), wymaga następującej funkcjonalności rozproszonego firewalla: filtracja pakietów na poziomie hypervisor/wirtualnego interfejsu sieciowego (vNIC), dla całości transmisji danych (włączając w to transmisję pomiędzy hostami w tym samym wirtualnym segmencie sieci), Comtegra zaproponowała wirtualizację sieci produkcji Cisco, co oznacza, że rozproszony firewall jest dostępny na wszystkich wirtualnych portach ethernet (vEth), ale nie można go użyć do filtrowania ruchu wszystkich portów systemowych (VXLAN/VTEP oraz portów

10

vmkernel) oraz uplinków. Jest to więc oczywiste złamanie przywołanego wyżej wymagania Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający w tabeli parametrów wirtualnego środowiska sieciowego SDN (C.LAN.SDN.1 - pozycja 1.4.7 oraz C.LAN.SDN.2 - pozycja 1.4.8), wymaga następującej funkcjonalności rozproszonego routera: Rozwiązanie musi posiadać możliwość szybkiego przełączania ruchu sieciowego L3 pomiędzy maszynami wirtualnymi w obrębie pojedynczego fizycznego serwera (rozproszona brama domyślna). Comtegra zaproponowała wirtualizację sieci produkcji Cisco - ACI/AVS, która wymaga aby ruch pomiędzy podsieciami (Inter-EPG) był przekazywany do Cisco AVS, co jest złamaniem ww. wymagania. Zamawiający w tabeli parametrów wirtualnego środowiska sieciowego SDN (C.LAN.SDN.1 - pozycja 1.4.7 oraz C.LAN.SDN.2 - pozycja 1.4.8), wymaga następującej funkcjonalności rozproszonego przełącznika; Wirtualizacja segmentów L2 (wirtualny przełącznik) musi być

zintegrowana z hypervisorem na poziomie jądra (hypervisor kernel) każdego fizycznego serwera ale również działać w sposób rozproszony (wirtualny dystrybuowany przełącznik). Comtegra zaproponowała wirtualizację sieci produkcji Cisco - ACI/AVS, który do działania w środowisku vSphere wymaga zainstalowanego na hypervisorze modułu programowego Cisco Nexus 1000V, który w powyższej wersji vSphere 6.5ul nie będzie wspierany i oprogramowanie to nie będzie działać poprawnie. Jest to oficjalne stanowisko producenta oprogramowania do wirtualizacji i stanowi potwierdzenie, że warunki stawiane w wymaganiach rozwiązania nie zostały spełnione.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, oferta Comtegra jako sprzeczna z treścią SIWZ powinna podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

[zarzut nieprawidłowej oceny w zakresie kryterium „Gwarancja producenta oprogramowania”]
Zgodnie z postanowieniami SIWZ (por. rozdział XV pkt 1 i pkt 2 ppkt 3) jednym z kryteriów oceny ofert było zobowiązanie wykonawcy do zapewnienia gwarancji producenta oprogramowania (dalej jako „Gwarancja producenta oprogramowania”). Zgodnie z wyżej przywołanym postanowieniem, przez Gwarancję producenta oprogramowania należy rozumieć objęcie Przedmiotu Zamówienia w całości gwarancją producenta oprogramowania tzn. w ramach udzielanej gwarancji zapewniany jest także autoryzowany przez producenta oprogramowania serwis tego oprogramowania. Zobowiązanie do zapewnienia takiej gwarancji pozwalało wykonawcy uzyskać 10 pkt, a brak tego zapewnienia skutkowało przyznaniem 0 pkt. Zamawiający oceniając ofertę Comtegra przyznał ofercie tego wykonawcy 10 pkt w ww. kryterium. Comtegra w formularzu ofertowym (s. 3 oferty) złożyła Oświadczenie, że zapewni Gwarancję producenta oprogramowania. Oświadczenie to jednak jest niezgodne ze stanem rzeczy wynikającym z Załącznika A1 złożonego przez tego

11

wykonawcę. Tymczasem dla Odwołującego oczywiste jest, że oświadczenie o zapewnieniu Gwarancji producenta oprogramowania zgodne musi być zarówno z rzeczywistym stanem rzeczy, jak i pozostałymi zobowiązaniami wynikającymi z oferty. Nie jest bowiem wystarczające przyjęcie takiego oświadczenia bez weryfikacji jego prawdziwości.

W Załączniku A1 dla zamówienia podstawowego w tabeli pt. A1_08- System wirtualizacji zasobów CPD MF, w poz. 3 (nazwa komponentu - C.VM.X86.VMW lub C.VM.X86.HPV) Comtegra wskazała, że oferuje oprogramowanie producenta VMware. Jednocześnie w tym samym załączniku w tabeli pt. A1_12 - System komunikacji LAN/WAN w CPD MF pod poz. 3 (Oprogramowanie do wirtualnego środowiska sieciowego SDN) Comtegra wskazała, że oferuje oprogramowanie producenta Cisco. W tym miejscu należy zauważyć, że oprogramowanie z tabeli A1_08 poz. 3 stanowi podstawę (bazę) (czyli VMware), na której zainstalowane ma być oprogramowanie z tabeli A1_12 poz. 3 (czyli Cisco). Takie rozwiązanie polegające na tym, że oprogramowanie Cisco będzie zainstalowane na oprogramowaniu VMware (które to stanowi bazę) jest technicznie możliwe. Niemniej jednak powoduje ono inne bardzo istotne konsekwencje, a mianowicie brak gwarancji producent VMware. Zauważenia bowiem wymaga to, że oprogramowanie instalowane na innym oprogramowaniu (bazowym) może mieć bardzo istotny wpływ na prawidłowość działania tej bazy. Niekiedy stosunkowo proste i małe oprogramowanie może w sposób dalece negatywny wpłynąć na pracę oprogramowania bazowego. Mając powyższe na uwadze producenci oprogramowania stosują różne metody, aby uniknąć takiej sytuacji. Najczęściej prowadzona jest tzw. lista zgodności czy też Usta wspieranych rozwiązań, a niekiedy podanie źródła skąd pobiera się takie zgodne oprogramowanie. Polega to na tym, że producent podaje listę produktów jakie uznaje za zgodne / wspierane ze swoim produktem, uznając tym samym, że jest ono bezpieczne dla jego oprogramowania.

Reasumując, w przypadku zaoferowania oprogramowania VMware dla poz. 3 z tabeli A1_08 gwarancja producenta tego oprogramowania udzielana jest (obowiązuje) tylko wtedy gdy Instalowane na nim oprogramowanie z poz. 3 tabeli A1_12 jest na liście wspieranego oprogramowania. W innym przypadku gwarancja VMware nie obowiązuje, a to ze względu na możliwość negatywnego wpływu niewspieranego oprogramowania. Tymczasem, jak wynika z oficjalnej informacji VMware, wskazane przez Comtegra oprogramowanie Cisco nie jest już wspierane, a producent (VMware) zaleca zaprzestanie korzystania z niego. Oznacza to, że korzystanie z tego oprogramowania (Cisco) powodować będzie utratę gwarancji

producenta VMware. Zauważenia przy tym wymaga to, że skoro Comtegra zaoferowała w Załączniku AI dla danych pozycji oprogramowanie VMware i Cisco, to nie może już tego oświadczenia w żaden sposób zmienić.

Dodatkowego podkreślić należy, że pomimo podania jedynie producenta ww. programów to z portfolio tych producentów wynika, że nie jest możliwa inna konfiguracja tych

12

programów jak dla poz. 3 z tabeli AI-08 VMware vSphere i dla poz. 3 dla tabeli AI-12 Cisco ACI. Tylko te bowiem produkty mogły zostać zaoferowane w ww. pozycji. Wreszcie, aby otrzymać w tym kryterium 10 pkt niezbędne było, aby Gwarancja producenta objęła całość oprogramowania objętego ofertą, skoro co najmniej jeden z tych producentów (VMware) nie jest objęty tą gwarancją to oferta Comtegra nie mogła otrzymać 10 pkt.

Reasumując, choć sam formularz ofertowy zawiera oświadczenie o zapewnieniu odpowiedniej gwarancji, to jednak Zamawiający oceniając z należytą starannością całość oferty powinien był uznać oświadczenie o zapewnieniu Gwarancji producenta oprogramowania za nieprawdziwe i przyznać w tym kryterium 0 pkt. Na marginesie jedynie zauważyć można, że Zamawiający powinien w takiej sytuacji rozważyć również wykluczenie tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych.

[zarzut zaniechania odtajnienia]

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób bezpodstawny przyjął, że Comtegra w sposób skuteczny zastrzegła tajemnicę przedsiębiorstwa odnośnie informacji zawartych w dokumentach wskazanych w pkt 1.1.3 petitum odwołania. Zgodnie z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, jest jawność tego postępowania, która może być ograniczona tylko w przypadkach ściśle określonych ustawą (art. 8 ust. 2 Prawa zamówień publicznych). Zgodnie z art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wprawdzie art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przewiduje ograniczenie zasady jawności, dopuszczając zastrzeżenie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jednak należy mieć na uwadze, że przepis ten jest wyjątkiem od zasady. W konsekwencji nie może być on interpretowany rozszerzająco (zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*). Reasumując, wyłączenie zasad jawności musi mieć charakter wyjątkowy, a ocena zastrzeganych informacji musi być dokonywana wnikliwie i przez pryzmat pierwszeństwa zasady jawności postępowania.

Zarzuty dotyczące wykonawcy APN.

[zarzut zaniechania odrzucenia oferty APN jako sprzecznej z treścią SIWZ - oprogramowanie dla wirtualnego środowiska sieciowego]

Zarzut wobec oferty APN dotyczący jej sprzeczności z treścią SIWZ w zakresie oprogramowania dla wirtualnego środowiska sieciowego jest identyczny jak zarzut wobec

13

oferty Comtegra opisany powyżej. Także APN w podał w analogicznych pozycjach Załącznika AI tego samego producenta (Cisco). W konsekwencji argumentacją w tym zakresie w odniesieniu do oceny oferty APN jest identyczna jak dla analogicznego zarzutu wobec oferty Comtegra. Nie ma więc potrzeby jej powielania. Odwołujący powołuje się na powyższe uzasadnienie w całości.

[zarzut zaniechania odrzucenia oferty APN jako sprzecznej z treścią SIWZ - macierz dyskowa flash AI-OI poz. 2 Załącznika AI]

Wykonawca APN w Załączniku nr AI w tabeli AI-01 pt. Mechanizmy replikacji i zabezpieczenia danych w CPD MF, pod poz. 2 (C.STO.FLS) wskazał, że oferuje macierz marki IBM.

W ocenie Odwołującego nie ma takiego produktu IBM (bez względu na konkretny model),

który spełniałby wymogi właściwe dla tego produktu. W szczególności zauważenia wymaga, że jedyny produkt IBM o parametrach zbliżonych (ale nie identycznych) do wymaganych w SIWZ dla macierzy to macierz IBM A900 AH-Flash. Pozostałe macierze ewidentnie nie spełniają warunków w zakresie następujących kryteriów:

- macierz V7000 - nie spełnia kryterium pamięci RAM (64GB per kontroler, co oznacza, że na starcie musiałoby być 16 kontrolerów, przy 30TB pojemności całkowitej nierealne byłoby wymagane tworzenie LUNów powyżej 2TB),
- macierz V9000 - rozwiązanie bliźniacze do A9000, co za tym idzie również tego modelu dotyczą te same zarzuty jako powyżej,
- macierz A9000R - nie spełnia kryterium obsadzenia nośnikami flash poniżej 2TB (w/w model obsługuje nośniki o pojemności minimum 2,9TB),
- macierz Flash System 900 - zbyt mała pojemność przy zastosowaniu modułów flash poniżej 2TB (poniżej wymaganych 30TB pojemności użytecznej). Stąd też wykonawca poddawał analizie ten model produktu - tj. IBM A9000. Zamawiający w punkcie X dla Macierzy dyskowej flash (C.STO.FLS) wskazał m.in. wymóg stanowiący, że Macierz, ani żaden z jej komponentów nie może wykorzystywać dysków mechanicznych do przechowywania danych. Tymczasem kontrolery macierzy A9000 wchodzące w skład systemu pamięci masowej zawierają natomiast po 2 dyski magnetyczne, na których przechowują system operacyjny i dane związane z funkcjonowaniem macierzy. Jest to więc niezgodność z wymaganiem wpisanym do SIWZ, w zakresie rodzaju dysków.

3.2.8. Dodatkowo w pkt 8 dla Macierzy dyskowej flash (C.STO.FLS) SIWZ Zamawiający postawił wymóg Zainstalowane minimum dwa kontrolery do obsługi danych pracujące nadmiarowo w trybie Active/Active. Oferowane rozwiązanie musi być pojedynczą macierzą dyskową. Niedopuszczalne jest dostarczenie rozwiązania składającego się z wielu macierzy. Tymczasem System pamięci masowej który musiał zostać zaproponowany w ofercie APN,

14

wykorzystuje natomiast wirtualizację i korzysta z zasobów trzech macierzy. Macierze te, mimo że są połączone przez usługę wirtualizacji, są jednak rozłącznymi macierzami, których półki dyskowe, oraz same kontrolery (w macierzy A9000 kontrolery połączone są ultra szybkim połączeniem Infiniband) nie są identycznie podłączone do wszystkich kontrolerów. Potwierdza to także fakt, że pojedyncze składowe są dostępne w ofercie IBM jako niezależne macierz. Jest to tak naprawdę rozwiązanie składające się z wielu macierzy, połączonych w wirtualny system pamięci masowej. Powyższe jest oczywistym naruszeniem wyżej cytowanego postanowienia.

W konsekwencji oferta APN jako sprzeczna z treścią oferty SIWZ powinna w ocenie Odwołującego podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

[zarzut nieprawidłowej oceny w zakresie kryterium „Gwarancja producenta oprogramowania”]
Zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny w zakresie kryterium „Gwarancja producenta oprogramowania” jest analogiczny jak tożsamy zarzut wobec oceny oferty Comtegra. Także wykonawca APN podał w analogicznych pozycjach Załącznika A1 tych samych producentów, jak i w formularzu podał, że zapewni Gwarancję producenta oprogramowania. W konsekwencji argumentacja w tym zakresie w odniesieniu do oceny oferty APN i błędnego przyznania 10 pkt, jest identyczna jak dla analogicznego zarzutu wobec oferty Comtegra. Odwołujący powołuje się na powyższe uzasadnienie w całości.

Zarzuty dotyczące wykonawcy Asseco.

[zarzut zaniechania odrzucenia oferty Asseco jako sprzecznej z treścią SIWZ - oprogramowanie dla wirtualnego środowiska sieciowego]

Zarzut wobec oferty Asseco dotyczący jej sprzeczności z treścią SIWZ w zakresie oprogramowania dla wirtualnego środowiska sieciowego jest identyczny jak zarzut wobec oferty Comtegra opisany i uzasadniony powyżej. Także Asseco w podała w analogicznych pozycjach Załącznika A1 tego samego producenta (Cisco). W konsekwencji argumentacja w tym zakresie w odniesieniu do oceny oferty Asseco jest identyczna jak dla analogicznego zarzutu wobec oferty Comtegra. Odwołujący powołuje się na powyższe uzasadnienie w całości.

[zarzut nieprawidłowej oceny w zakresie kryterium „Gwarancja producenta oprogramowania”]
Zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny w zakresie kryterium „Gwarancja producenta oprogramowania” jest analogiczny jak tożsamy zarzut wobec oceny oferty Comtegra. Także wykonawca Asseco podał w analogicznych pozycjach Załącznika AI tych samych producentów, jak i w formularzu podał, że zapewni Gwarancję producenta oprogramowania.

15

W konsekwencji argumentacja w tym zakresie w odniesieniu do oceny oferty Asseco jest identyczna jak dla analogicznego zarzutu wobec oferty Comtegra. Odwołujący powołuje się na powyższe uzasadnienie w całości i wskazuje, że w zakresie tego kryterium Asseco powinno otrzymać 0 pkt.

Zarzuty dotyczące wykonawcy Comarch.

[zarzut zaniechania odrzucenia oferty APN jako sprzecznej z treścią SIWZ - macierz dyskowa flash AI-OI poz. 2 Załącznika AI]

Zarzut wobec oferty Comarch dotyczący jej sprzeczności z treścią SIWZ jest identyczny jak zarzut wobec oferty APN, opisany powyżej. Także Comarch w podał w analogicznej pozycji Załącznika AI tego samego producenta (IBM). W konsekwencji argumentacja w tym zakresie w odniesieniu do oceny oferty Comarch jest identyczna jak dla analogicznego zarzutu wobec oferty APN. Odwołujący powołuje się na powyższe uzasadnienie w całości.

Zarzut dotyczące wykonawcy CUBE.

[zarzut zaniechania odrzucenia oferty Cube jako sprzecznej z treścią SIWZ - oprogramowanie dla wirtualnego środowiska sieciowego]

Zarzut wobec oferty CUBE dotyczący jej sprzeczności z treścią SIWZ w zakresie oprogramowania dla wirtualnego środowiska sieciowego jest identyczny jak zarzut wobec oferty Comtegra opisany powyżej. Także CUBE w podał w analogicznych pozycjach Załącznika AI tego samego producenta (Cisco). W konsekwencji argumentacja w tym zakresie w odniesieniu do oceny oferty APN jest identyczna jak dla analogicznego zarzutu wobec oferty Comtegra. Odwołujący powołuje się na powyższe uzasadnienie w całości. W konsekwencji oferta CUBE powinna zostać odrzucona także na tej podstawie, a nie tylko tej wskazanej przez Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 838/17

Wykonawca Comarch Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (dalej: Odwołujący albo Comarch) wniósł odwołanie od:

1. zaniechania czynności odrzucenia oferty danego wykonawcy z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ - z uwagi na fakt, iż oferowane oprogramowanie nie spełnia wymaganej funkcjonalności rozproszonego wirtualnego routera L3 w obrębie pojedynczego fizycznego serwera - co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) i art. 7 ust. 1 Ustawy - dotyczy ofert wykonawców Comtegra S.A., APN Promise S.A. i Konsorcjum Asseco Data Systems S.A. 1 Symmetry Sp. z o.o. (zarzut wspólny):

16

2. zaniechania czynności odrzucenia oferty danego wykonawcy z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ - z uwagi na fakt, iż oferowana gwarancją producenta na oferowane oprogramowanie nie spełnia wymagania zapewnienia możliwości zgłaszania problemów dotyczących dostarczonego oprogramowania bezpośrednio do jego producenta - co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) i art. 7 ust. 1 Ustawy - dotyczy ofert wykonawców Comtegra S.A., APN Promise S.A. i Konsorcjum Asseco (zarzut wspólny):

3. zaniechanie czynności odrzucenia oferty danego wykonawcy z postępowania, pomimo że jej złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 3 ust. 1 zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy - dotyczy ofert wykonawców Comtegra S.A., APN Promise S.A. i Konsorcjum Asseco (zarzut wspólny),

4. zaniechania wykluczenia wykonawcy danego wykonawcy z postępowania, który co

najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania - co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17) Ustawy i art. 7 ust. 1 - dotyczy ofert wykonawców Comtegra S.A. APN Promise S.A. i Konsorcjum Asseco (zarzut wspólny):

5. ewentualnie w razie nie uwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt. 1, 2, 3 i 4 petitum powyżej - od nieprawidłowego przyznania w ramach oceny ofert ofercie danego wykonawcy 10 punktów to kryterium pn. Gwarancja producenta oprogramowania (Go) - co narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Ustawy - dotyczy ofert wykonawców Comtegra S.A. APN Promise S.A. i Konsorcjum Asseco (zarzut wspólny):

6. ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt. 1, 2, 3 i 4 petitum powyżej - od zaniechania wezwania wykonawcy Comtegra S.A. do uzupełnienia dokumentów i zaniechania wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia - co narusza art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Ustawy;

7. na wypadek wniesienia odwołania przez Konsorcjum Cube rTG oraz Betacom S.A. (dalej „Konsorcjum Cube”) od dokonania przez Zamawiającego odrzucenia jego oferty i uwzględnienia tego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą - od zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z dodatkowych powodów - to jest takich jak postawionych i wskazanych w zarzutach opisanych w pkt 1- 4 petitum odwołania, w związku z naruszeniem odpowiednio przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, art. 98 ust 1 pkt 3) Ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK, art. 24 ust. 1 pkt 17) Ustawy i art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Ustawy.

17

8. dokonania niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty Comtegra S.A. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona - co stanowi naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty Comtegra;
- 2) dokonanie ponownej czynności oceny ofert;
- 3) wykluczenia wykonawców Comtegra S.A., APN Promise S.A. i Konsorcjum Asseco zgodnie z zarzutami odwołania;
- 4) odrzucenia ofert wykonawców Comtegra S.A., APN Promise SA i Konsorcjum Asseco zgodnie z zarzutami odwołania;
- 5) na wypadek, wniesienia odwołania przez Konsorcjum Cube od dokonania przez Zamawiającego odrzucenia jego oferty i uwzględnienia tego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą - wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty z dodatkowych powodów - zgodnie z zarzutami odwołania;
- 6) w razie nie podzielenia zarzutów dotyczących wykluczenia wykonawców Comtegra SA, APN Promise S.A. i Konsorcjum Asseco i odrzucenia ich oferty w oparciu o zarzuty odwołania - o nakazanie Zamawiającemu w toku ponownej oceny oferty nieprzyznawania tym wykonawcom 10 punktów w kryterium pn. Gwarancja producenta oprogramowania (Go) oraz o nakazanie wezwania Comtegra SA do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów - potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia;
- 7) na wypadek wniesienia odwołania przez Konsorcjum Cube od dokonania przez Zamawiającego odrzucenia jego oferty i uwzględnienia tego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą - w razie nie podzielenia zarzutów dotyczących wykluczenia Konsorcjum Cube i odrzucenia jego oferty w oparciu o zarzuty odwołania - o nakazanie Zamawiającemu w toku ponownej oceny oferty tego wykonawcy nieprzyznawania mu 10 punktów w kryterium pn. Gwarancja producenta oprogramowania (Go);
- 8) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu art. 186 ust. 2 Ustawy, Odwołujący żądał od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Zamawiający w dniu 14 kwietnia 2017 roku opublikował informację o ocenie ofert złożonych w niniejszym postępowaniu - informując m.in. o wyborze oferty Comtegra oraz

o odrzuceniu ofert Konsorcjum Cube i Qumak. Oferta Odwołującego uplasowała się na czwartym miejscu w rankingu ofert z łączną liczbą punktów 94,43 pkt. Odwołujący po zapoznaniu się z informacją o wyborze oferty Comtegra oraz o ocenie ofert wykonawców

18

Cube, APN Promise, Asseco - nie zgadza się z dokonaną oceną tych ofert przez Zamawiającego, zarzucając jak niżej.

Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty danego wykonawcy z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ - z uwagi na fakt, iż oferowane oprogramowanie nie spełnia wymaganej funkcjonalności rozproszonego wirtualnego routera L3 w obrębie pojedynczego fizycznego serwera - dotyczy ofert wykonawców Comtegra S.A. APN Promise S.A. i Konsorcjum Asseco (zarzut wspólny)

Wszyscy w/w wykonawcy w zakresie komponentu C.LAN.SDN.2 zaoferowali produkt producenta CISCO (wyjaśniamy, iż C.LAN.SDN.2 jest jednym z zamawianych bloków architektonicznych obejmujących rozwiązanie do wirtualizacji sieci, nazewnictwo nadane przez zamawiającego). Wynika to z treści złożonych ofert. SIWZ nie wymagał wskazywania nazwy czy modelu produktu, wymagał podanie nazwy producenta. Nie mniej jednak wiadome jest, iż Producent ten (CISCO) w swej ofercie produktowej posiada tylko 3 platformy wirtualizacyjne, tj. 1. Application Centric Infrastructure (ACI), 2. Programmable Fabric (PF), 3. Programmable Network (PN). Spośród w/w trzech platform tylko 1 wyłącznie oprogramowanie Cisco Ad pozwala spełnić ogóle architektoniczne wymagania SIWZ, a także wymagania dotyczące jednolitego zarządzania. Pozostałe dwie platformy (oprogramowania) tj. Cisco PF i Cisco PN nie zapewniają jednolitego zarządzania - co eliminuje je z kręgu możliwych do zaoferowania produktów. Należy wskazać, iż wymaganie, jednolitego zarządzania wynika z pkt Załącznika ~ARTT-C Standardy Parametrów Technicznych Urządzeń Teleinformatycznych, tabela 1.4.8 Wirtualne środowisko sieciowe SDN typ 2 Str. 58 o treści: Rozwiązanie musi posiadać możliwość jednolitego zarządzania usługami sieciowymi dostępnymi w ramach platformy wirtualizacji: wirtualny switch, wirtualny router, wirtualny load balancer, wirtualny firewalli.

W SIWZ w tymże załączniku, tabeli 1.4.8 na str. 57, postawiono następujące wymaganie w zakresie funkcjonalności rozproszonego wirtualnego routera L3 w obrębie pojedynczego fizycznego serwera:

Istota zarzutu koncentruje się na tym fragmencie wymagania, które nakazuje, by ruch sieciowy następował „w obrębie pojedynczego fizycznego serwera”. Oczywiście jest zatem, iż Zamawiający nie dopuszcza rozwiązań w których ruch ten wymaga wychodzenia poza fizyczny serwer. Innymi słowy - Zamawiający wymagał, aby ruch warstwy 3 (L3) pomiędzy wirtualnymi maszynami odbywał się bez konieczności komunikacji z zewnętrznymi fizycznymi urządzeniami realizującymi takie funkcje (tj, przełączania ruchu sieciowego). Zarzucamy, iż oferowane przez w/w wykonawców rozwiązanie Cisco ACI nie spełnia powyższego wymagania. Architektura Cisco ACI zakłada konieczność użycia elementów

19

sprzętowych (dedykowanych przełączników) w celu obsługi ruchu na warstwie L3, które wychodzą poza obręb fizycznego serwera. Architektura Cisco ACI zakłada, iż każda komunikacja pomiędzy maszynami wirtualnymi nie będącymi w tej samej podsieci, nawet jeśli instalowane są na tym samym fizycznym serwerze, wymaga wyjścia poza ten serwer i transmisji do zewnętrznego przełącznika, który wykona operację routingu (przełączania w warstwie L3) i skieruje ruch do odpowiedniej maszyny wirtualnej.

Wobec powyższego oferta w/w wykonawców nie spełnia wymagania funkcjonalności wirtualnego rozproszonego routera L3. Cisco ACI nie oferuje żadnego komponentu, który umożliwiłby wykonanie przełączania w warstwie L3 pomiędzy maszynami wirtualnymi w obrębie fizycznego serwera. Tym samym treść oferty w/w wykonawców jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty danego wykonawcy z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ - z uwagi na fakt, iż oferowana gwarancję producenta na

oferowane oprogramowanie nie spełnia wymagania zapewnienia możliwości zgłaszania problemów dotyczących dostarczonego oprogramowania bezpośrednio do jego producenta -
- dotyczy ofert wykonawców Comtegra S.A., APN Promise S.A. i Konsorcjum Asseco (zarzut wspólny):

Wszyscy w/w wykonawcy zaoferowali gwarancję producenta na dostarczane oprogramowanie - co wynika z treści złożonych ofert.

Jednocześnie w Załączniku ARTT-C Standardy Parametrów Technicznych Urządzeń Teleinformatycznych, tabela 1.4.8 Wirtualne środowisko sieciowe SDN typ2 Str. 57 - 58 zawarł następujące wymagania dotyczące 1) Przełącznika wirtualnego i 2) rozproszonego firewalla:

Funkcjonalność .przełącznika wirtualnego Wirtualizacja segmentów L2 (wirtualny przełącznik) musi współpracować z hypervisorem każdego fizycznego serwera ale również działać w sposób rozproszony (wirtualny dystrybuowany przełącznik).

Funkcjonalność rozproszonego firewalla - Rozwiązanie musi posiadać funkcjonalność wirtualnego rozproszonego firewalla o następujących możliwościach:

- filtracja pakietów na poziomie hypervisora/wirtualnego interfejsu sieciowego (vNIC), dla całości transmisji danych między wirtualnymi segmentami sieci
- rozproszony firewall, typu stateful warstwy 4 na poziomie hypervisora/wirtualnego interfejsu sieciowego (vNIC)
- konstruowanie reguł bezpieczeństwa przy pomocy elastycznych, dynamicznych i wielopoziomowych definicji obiektów np. nazwa maszyny wirtualnej lub grupy maszyn, nazwa switcha wirtualnego lub domeny wirtualnej,

20

- przywiązanie polityk do maszyny wirtualnej (wraz z migracją maszyny na inny serwer fizyczny polityka wędruje razem z maszyną).

Odwolujący podnosił, iż jedyną platformą do wirtualizacji sieci w wymaganym zakresie, które oferuje firma Cisco, jest platforma Cisco Application Centric Infrastructure (ACI). Jej głównym komponentem jest Cisco AVS (Application Virtual Switch), który odpowiadać miał za spełnienie w/w wymagań SIWZ bloku C.LAN.SDN.2 dotyczących wirtualnego przełącznika i rozproszonego firewalla.

Według powyższych wymagań wirtualny przełącznik oraz rozproszony firewall muszą współpracować z tzw. hypervisorem, który jest komponentem zamawianego oprogramowania do wirtualizacji.

Wskazujemy, że w/w wykonawcy, oprócz tego, że zaoferowali (jak podano w pkt. 1 powyżej) oprogramowanie Cisco ACI w zakresie komponentu C.LAN.SDN.2 - zaoferowali również oprogramowanie do wirtualizacji oznaczone przez Zamawiającego, jako C.VM.X86.VMW firmy VMware, którego elementem jest komponent vSphere, pełniący rolę hypervisora.

Powyższe wynika z treści złożonych ofert.

Tak się składa (w ocenie Odwołującego), że producent VMware Inc. posiada w swej ofercie tylko jeden produkt, zatem brak podania w ofertach nazwy tego produktu i tak pozwala na jednoznaczny jego identyfikację.

Komponent Cisco AVS, aby zapewnić poprawne działanie wymaganej przez Zamawiającego architektury sieci SDN, musi zostać zainstalowany na hypervisorze VMware vSphere.

Zarzucamy, iż powołując się m.in. na stronę internetową Producenta oprogramowania VMware vSphere, iż wymagany przez Zamawiającego sposób konfiguracji wirtualnego przełącznika Cisco AVS i hypervisora vSphere spowoduje brak wsparcia Producenta VMware dla produktu vSphere.

Oznacza to zdaniem Odwołującego, iż instalując element oprogramowania zewnętrznego (w tym przypadku Cisco AVS) na oprogramowaniu bazowym (VMware vSphere), nie jest ono objęte gwarancją przez Producenta oprogramowania bazowego, a co za tym idzie, nie jest spełniony wymóg wsparcia serwisowego (gwarancji) na oprogramowanie bazowe.

Brak wsparcia producenta VMware dla hypervisora VMware vSphere skutkuje brakiem możliwości zapewnienia możliwości zgłaszania problemów z oprogramowaniem bezpośrednio do producenta - co stanowi o niezgodności tego rozwiązania z SIWZ. Konsekwencją powyższego jest bowiem niespełnianie następujących zapisów SIWZ (Załącznik nr 6 warunki gwarancji, str. 6):

W przypadku zaoferowania Gwarancji producenta na poszczególny sprzęt i oprogramowanie Zamawiający wymaga możliwości zgłaszania problemów dotyczących dostarczonego sprzętu / oprogramowania bezpośrednio do jego producenta.

21

Zarzut zaniechanie czynności odrzucenia oferty danego wykonawcy z postępowania, pomimo że jej złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - dotyczy ofert wykonawców Comtegra S.A., APN Promise S.A. i Konsorcjum Asseco (zarzut wspólny)
Okoliczności faktyczne opisane w pkt 2 powyżej prowadzą też do innej konsekwencji, Deklaracja w/w wykonawców iż oferują gwarancję producenta na oprogramowanie - pomimo że tak nie jest - doprowadziła do przyznania tym wykonawcom dodatkowych 10 punktów w kryterium oceny ofert pn. Gwarancja producenta.

Wyjaśniamy, iż w ramach opisu Kryteriów Oceny Ofert (dokument SIWZ, Rozdział XV) wskazano, że Zamawiający wymagał, by Wykonawca w ramach udzielonej gwarancji na oprogramowanie zapewnił autoryzowany przez producenta oprogramowania serwis tego oprogramowania, dostęp umożliwiający zgłaszanie usterek tego oprogramowania bezpośrednio u producenta w trybie 24/7 z czasem reakcji nie dłuższym niż 24 godziny (...). W Rozdziale XV - Kryteria Oceny ofert SIWZ (str. 34) wskazano:

3) gwarancja producenta oprogramowania (Go) - dla tego kryterium, liczba punktów została podana bezpośrednio (10 pkt).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji, obok zachowań opisanych w rozdziale 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest - zgodnie z art. 3 ust. 1 tej ustawy - działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zdaniem Odwołującego działanie w/w wykonawców polegające na zadeklarowaniu tej gwarancji producenta pomimo że tak nie jest ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamialem tych wykonawców było zawyżenie ogólnej punktacji, poprzez przyznanie punktacji którą spodziewali się uzyskać w tym kryterium, jednocześnie uniemożliwiając lub znacznie utrudniając uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się zaoferować takie oprogramowania, które w koniunkcji nie powodują utraty gwarancji na oprogramowanie hipervisora (tak uczynił m.in. Odwołujący i wszystkie firmy które znalazły się w dalszej kolejności z za nim). Zdaniem Odwołującego wykonawcy ci mieli pełną świadomość, że zaoferowanie w/w produktów (oprogramowani) Cisco ACI (wraz z Cisco AVS) wraz z oprogramowaniem producenta VMware spowoduje utratę gwarancji na całość oprogramowania. Powyższe oznacza, że oświadczenie w/w wykonawców o istnieniu takiej gwarancji na całe oprogramowanie miało na celu wyłącznie uzyskanie dodatkowych punktów przy ocenie ofert w w/w kryterium, a nie w drodze normalnej walki konkurencyjnej, ale w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami.

22

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy danego wykonawcy z postępowania, który co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania - dotyczy ofert wykonawców Comtegra SA, APN Promise S.A. i Konsorcjum Asseco (zarzut wspólny).

Powyższa sytuacja spełnia również przesłankę nakazującą wykluczenie wykonawcy, który co najmniej- w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Niewątpliwie oświadczenie o objęciu całego oprogramowania gwarancją producenta w opisaną wcześniej sytuacji było oświadczeniem nieprawdy, wprowadzającym w błąd

i jednocześnie pozwalającym na uzyskanie dodatkowych 10 punktów. A jako takie - mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem bezpośrednio wpływało na przyznawaną punktację. W/w wykonawcy jako profesjonalści winni dostrzec konsekwencje opisanego wyżej sposobu ofertową nią dla kwestii gwarancji na oprogramowanie VMware - czego nie uczynił, a co dowodzi co najmniej istotnego niedbalstwa z ich strony.

1. Zarzut ewentualny - w razie nie uwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt. X, 2, 3 i 4 petitum powyżej - od nieprawidłowego przyznania w ramach oceny ofert ofercie danego wykonawcy 10 punktów w kryterium pn. Gwarancja producenta oprogramowania (Go) - dotyczy ofert wykonawców Comtegra S.A., APN Promise S.A. i Konsorcjum Asseco (zarzut wspólny)

W razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 - 4 powyżej podnosimy, iż przynajmniej taki sposób oferowania winien skutkować przynajmniej odjęciu punktów przyznawanych w kryterium Gwarancji producenta.

Podkreślamy ponownie, iż zgodnie z SIWZ z kontekście gwarancji producenta -

Zamawiający traktuje to kryterium łącznie dla całego oprogramowania.

Brak możliwości dostarczenia wymaganego wsparcia Producenta na oprogramowanie, powinien skutkować również ponowną oceną oraz odjęciem 10 punktów w tym kryterium.

Stąd niedostarczenie gwarancji dla tylko jednego rodzaju oprogramowania (w tym wypadku VMware), powinno skutkować odjęciem wszystkich możliwych do zdobycia punktów w tym zakresie.

Nawet jeśli któraś z firm dostarczyłaby potwierdzenie wykupienia gwarancji producenta w postaci np. faktury zakupu na taki serwis, to byłby to serwis pozorny, iluzoryczny, gdyż producent, zgodnie z informacjami na stronie internetowej, nie udzieliłby wsparcia na produkt

23

vSphere, z którym współpracuje niewspierane rozwiązanie, jakim jest przełącznik Cisco AVS, Ostatecznie skutkowałyby to brakiem wypełnienia Warunków Gwarancji w zakresie możliwości usunięcia błędu w oprogramowaniu C.VM.X86.VMW spowodowanym przez komponent Cisco Nexus 1000V AVS.

2. Zarzut ewentualny - w razie nie uwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt. 1, 2, 3 i 4 petitum powyżej - od zaniechania wezwania wykonawcy Comtegra S.A. do uzupełnienia dokumentów i zaniechanie wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia

Odwolujący wskazuje, że w dniu 29.03.2017 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Comtegra na podstawie art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Jednocześnie w dniu 7 kwietnia 2017 r. Wykonawca Comtegra uzupełnił dokumenty w żądanym zakresie.

W trakcie analizy złożonych dokumentów, Odwołujący powziął wątpliwość co do aktualności przedstawionych w niniejszej sprawie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 3, tj. potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.

Na wstępie zaznaczyć trzeba, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 1. „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest- równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. W piśmie przewodnim z dnia 06 kwietnia 2017 r.

Wykonawca Comtegra wskazał, że posiada „analogiczny zestaw dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia/ aktualnych na dzień wezwania

Powyższe stwierdzenie na pewno nie może zostać uznane za potwierdzające fakt aktualności dokumentów i oświadczeń na dzień ich złożenia. Oświadczenie takie, nie może zastępować formalnego potwierdzenia istnienia wszystkich dokumentów,

Zdaniem odwołującego zamawiający winien był wezwać Comtegra do uzupełnienia dokumentów, tj informacji KRK, ZUS i US, aktualnych na dzień ich złożenia.

Wprowadzona nowelizacja, która implementowała przepisy Dyrektywy, miała za zadanie kontrolę przez Zamawiającego ewentualnych podstaw wykluczenia, nawet w terminie podpisania umowy.

Jest to o tyle istotne, że dyspozycja przepisu art. 26 ust. 1. wprost wskazuje na aktualność w dniu składania przedmiotowych dokumentów.

24

Odwołujący podnosił, że Comtegra w swojej odpowiedzi załączyła następujące dokumenty opatrzone datami:

1. Informacja z KRK - podmiot zbiorowy - 15.09.2016 r.
2. Informacja z KRK - 19.09.2016 r.
3. Informacja z KRK - 16.09.2016 r.
4. Informacja z KRK - 29.09.2016 r.
5. Informacja z KRK - 29.09.2016 r.
6. Informacja z KRK - 29.09.2016 r.
7. Zaświadczenie US - 30.12.2016 r.
8. Zaświadczenie ZUS - 04.01.2017 r.

Dla przypomnienia Odwołujący wskazywał, że informację z KRK mają domniemanie aktualności do 6 miesięcy od dnia wystawienia, natomiast informacje US i ZUS, aktualne są tylko przez 3 miesiące. Odnosząc powyższe do treści art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wskazać należy, że dokumenty te nie były aktualne na dzień uzupełnienia, to jest 07.04.2017r.

Za niemające znaczenia powinno zostać stwierdzenie Comtegrę, jakoby posiadali wymagane prawem dokumenty i oświadczenia. Takowych oświadczeń i dokumentów nie załączyli w odpowiedzi, pomimo, że Zamawiający miał obowiązek żądać aktualnych dokumentów, co zostało przez nich zauważone.

Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający, w sytuacji gdy Comtegra, potwierdza posiadanie aktualnych dokumentów, tj. zgodnych z dyspozycją art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, winien był Wezwać Wykonawcę do złożenia ich, celem weryfikacji „aktualności, a czego też nie uczynił, w związku z tym naruszył art. 26 ust 1 w zw. z art. 26 ust. 2 13 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut ewentualny - na wypadek wniesienia odwołania przez Konsorcjum Cube ITG oraz Betacom S.A. (dalej „Konsorcjum Cube”) od dokonanego przez Zamawiającego odrzucenia jego oferty i uwzględnienia tego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą - od zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z dodatkowych powodów

Odwołujący wskazuje, iż wykonawca Konsorcjum Cube (którego ofertę odrzucono z innych powodów) również złożył ofertę produktowo taką samą jak pozostali, wyżej wymienieni wykonawcy. To znaczy również zaoferował oprogramowanie Cisco AG, jak i oprogramowanie VMware. W konsekwencji do oferty tego wykonawcy odnoszą się również wszystkie zarzuty odwołania (1 - 4) podniesione powyżej. Zarzut ten aktualizuje się niejako jedynie w sytuacji w której Konsorcjum Cube wniosłoby odwołanie na dokonane już odrzucenie, które podlegałoby uwzględnieniu przez Krajową Izbę Odwoławczą - stąd Odwołujący wydzielił ten zarzut do osobnego rozpoznania.

25

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, ustosunkowując się na rozprawie do zarzutów podniesionych w odwołaniach KIO 837/17 i 838/17, podtrzymał stanowiska wyrażone w odpowiedziach na odwołania.

Co do zarzutu dot. aktualności dokumentów nie przedstawiano żadnych dowodów na potwierdzenie braku aktualności dokumentów. W ocenie zamawiającego złożone dokumenty są aktualne.

Odnosnie zarzutu dot. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazywał, że takie zastrzeżenie rozpatruje się każdorazowo indywidualnie, w oparciu o okoliczności danej sprawy. Na podstawie własnego doświadczenia i dotychczasowej praktyki zamawiający ocenił, że dokumenty dot. wykonanych usług i potencjału kadrowego zostały zastrzeżone zasadnie.

Odnosząc się do wspólnych zarzutów dot. rzekomej niezgodności ze specyfikacją podkreśla,

że wymagał jedynie podania nazw producenta. Obaj odwołujący w odwołaniach nadinterpretują specyfikację, nie przedstawiają żadnych dowodów, a jedynie domniemania. Standardowe oprogramowanie może być zmodyfikowane tak jak warunki gwarancji. Zamawiający nie miał wątpliwości co do treści ofert, ale gdyby je miał to by wzywał do wyjaśnień. Natomiast w tym postępowaniu zamawiający dopuścił skonkretyzowanie produktów na etapie przed zawarciem umowy, co Izba uważa za dopuszczalne, powołuje się na orzeczenia cytowane w odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący Comarch podkreśla katalog zamknięty produktów seryjnych, jednak, w ocenie zamawiającego, dowód w postaci korespondencji z serwisem CISCO temu przeczy ponieważ wynika z niego, że platforma ACI nie jest jedyna i, że CISCO ma „3 główne podejścia”. Oznacza to, że mogą istnieć także inne rozwiązania. Zauważa, że w pytaniu 4 zadający pytanie zmodyfikował treść SMWZ ponieważ zamawiający nie zawarł w niej wymogu „bez opuszczania serwera”. Co do opinii z dnia 10.05.2017 r. wskazuje, że na str. 4 jest uwaga, zdanie co pozwala przypuszczać, że opinia jest niepełna. Ponadto jest to opinia prywatna. Co do oświadczenia pracownika prawdopodobnie polskiego oddziału VMware zauważa, że jest to opinia tylko tej osoby.

Wniósł o oddalenie wniosku o powołanie biegłego, ponieważ w jego ocenie zmierza on do przewlekłości postępowania, a jeżeli miałyby zostać powtórzone pytania, na które odpowiedziano w opinii z 10.05.2017 r. (złożonej przez Comarch na rozprawie), to pytanie te zostały sformułowane na podstawie przyjętych przez Comarch założeń, a nie materiału dowodowego zawartego w aktach postępowania.

26

Do postępowań odwoławczych skutecznie przystąpili:

- wykonawca A.P.N. Promise spółka akcyjna w Warszawie, do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 827/17, KIO 837/17 oraz KIO 838/17 po stronie zamawiającego,
- wykonawca Comarch Polska spółka akcyjna w Warszawie, do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 827/17, KIO 837/17 po stronie zamawiającego,
- wykonawca Comtegra spółka akcyjna w Warszawie, do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 827/17, KIO 837/17 oraz KIO 838/17 po stronie zamawiającego,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems spółka akcyjna w Gdyni i Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 827/17, KIO 837/17 oraz KIO 838/17 po stronie zamawiającego,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SANSEC Poland spółka akcyjna w Warszawie i Engave spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 827/17 po stronie zamawiającego oraz KIO 838/17 po stronie odwołującego,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Cube.ITG spółka akcyjna w Warszawie i Betacom spółka akcyjna w Warszawie, do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 837/17 oraz KIO 838/17 po stronie zamawiającego

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

Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: spośród wniesionych trzech odwołań jedynie odwołanie sygn. akt KIO 837/17 zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutów kolejno wniesionych odwołań, Izba ustaliła, co następuje:

27

Podstawowy wymóg Zamawiającego nie budził wątpliwości: wycena łącznie fazy F1 i F5 nie może przekraczać 5% wartości oferty, przy czym w projekcie umowy Zamawiający szczegółowo określił warunki i terminy płatności za poszczególne fazy. Wycena Odwołującego faz F1 i F5 wraz ze szkoleniami przekraczała 5% wartości jego oferty, co Zamawiający uznał za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ skutkującą odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Rzeczywiście, sama budowa formularza cenowego (odpis dokumentów przywołanych w uzasadnieniu – w dokumentacji postępowania) w odniesieniu do wyodrębnionej części, na którą składają się fazy F1, F5 i szkolenia (każdy z tych elementów uwidocznił w osobnym wersie tabeli), wyrwana z kontekstu całej SIWZ, mogłaby sugerować, że szkolenia są odrębne od fazy F1 i F5. Jednak z treści całej SIWZ wynikało (i wydawało się to nie budzić wątpliwości również Odwołującego), że szkolenia są integralną częścią faz F1 i F5. Nie było sporne, że cena za fazy F1 i F5 miała, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, nie przekroczyć 5% wartości zamówienia. Samo wyodrębnienie faz F1 i F5 wraz ze szkoleniami do osobnej tabeli w formularzu cenowym (którego wzór Zamawiający udostępnił w formularzu programu Excel – a więc automatycznie podsumowującego elementy tabeli) powinno nasunąć Odwołującemu, że Zamawiający żąda takiego podsumowania w formularzu cenowym, aby móc ocenić w odniesieniu do sumy tejże tabeli zgodność treści oferty z treścią SIWZ pod kątem wymogu 5%.

W konsekwencji skład orzekający podzielił w całości stanowisko Zamawiającego, który w odniesieniu do zarzutów odwołania trafnie zauważał, iż Odwołujący wyprowadzał wszelkie wnioski wyłącznie z treści formularza cenowego, pomijając jasną i niebudzącą wątpliwości treść SIWZ. Żaden z wykonawców nie wnosił o wyjaśnienia treści specyfikacji w tym zakresie. Izba przyznała również rację stanowisku Zamawiającego, iż niezgodność z treścią SIWZ w ofercie Odwołującego nie kwalifikuje się do poprawienia, ponieważ po pierwsze, nie wiadomo, jaką kwotę Zamawiający powinien ująć z „nadwyżki” (tj. kwoty przekraczającej 5% wartości oferty) wyceny faz F1 i F5 wraz ze szkoleniami, a po drugie – do jakiej pozycji odjętą kwotę przypisać. Prowadziłoby to do negocjacji odnośnie treści oferty, ponieważ od formularza cenowego i podziału na fazy zależą terminy płatności, szczegółowo uregulowane przez Zamawiającego.

Reasumując, wobec niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów odwołania sygn. akt KIO 827/17 Izba orzekła jak w sentencji, odwołanie oddalając.

Sygn. akt KIO 837 i KIO 838/17

Zarzut wspólny dla obu postępowań odwoławczych – zaniechania odrzucenia ofert w związku z niezgodnością ich treści z treścią SIWZ (zarzut dotyczący CISCO, zawarty w odwołaniach KIO 837/17 i KIO 838/17, macierzy IBM z odwołania KIO 838/17) Izba rozstrzygnęła tak samo – jak w orzeczeniach KIO 2418/16 i 338/17, przywoływanych przez Zamawiającego i Comtegrę: postępowanie Zamawiającego może budzić wątpliwości (de facto ocena oferty pod kątem zgodności z SIWZ jest przenoszona na etap po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy), jednak te postanowienia SIWZ nie zostały zakwestionowane. Zamawiający oczekiwał złożenia oferty na dużym poziomie ogólności – co sprowadzało się do wskazania w ofercie jedynie nazw producentów oferowanych komponentów, a nie modeli, typów oferowanego przedmiotu zamówienia. W związku z tym zarzuty oparte są na dywagacjach i informacjach pochodzących z internetu (przeciwko oświadczeniom producenta). W związku z treścią SIWZ nie ma podstawy do wzywania do wyjaśnień treści oferty: treść ofert jest formalnie zgodna z treścią SIWZ, skoro Zamawiający oczekiwał jedynie podania nazw producentów. Ocena merytoryczna może odbywać się jedynie w granicach SIWZ, czyli po otrzymaniu przez Zamawiającego dokładniejszych informacji (których zgodnie z zapowiedzią będzie żądał przed podpisaniem umowy).

W orzeczeniu sygn. akt KIO 2418/16 i 338/17 w odniesieniu do analogicznych zarzutów (postępowanie prowadził ten sam Zamawiający co w niniejszym postępowaniu, a przedmiot zamówienia był podobny rodzajowo) Izba zauważyła, że „argumentacja odwołującego w dużej mierze bazuje na domysłach (własnych założeniach) i subiektywnej (wycinkowej) interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nadto odwołujący powołuje się, na potwierdzenie tez stawianych w odwołaniu na informacje, które powziął ze stron internetowych określonych producentów. Co do zasady Izba nie kwestionuje możliwości posiłkowania się takimi informacjami, jednakże każda taka informacja musi mieć

możliwość weryfikacji w danym postępowaniu. W opozycji do informacji prezentowanych przez odwołującego, Intros przedstawił, jako dowody oświadczenia producentów, które pozostają w sprzeczności z twierdzeniami odwołującego. Izba biorąc pod ocenę ustalony w sprawie stan faktyczny, za wiarygodne uznała oświadczenia producenta, które potwierdzają stanowisko zamawiającego. Przyjmując taki kierunek, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż powszechnie wiadomym jest, że informacje ze stron internetowych, nawet jeżeli są to strony internetowe producentów urządzeń czy oprogramowania, zawierają informacje ogólne, wręcz uniwersalne. Działalność handlowa firm polega zaś na tym, że każdy profesjonalny podmiot z danej branży, jest w stanie porozumieć się z producentem, lub też autoryzowanym przedstawicielem, co do zmian i modyfikacji w odniesieniu do rozwiązania podstawowego, którego informacje upubliczniane są na stronach www.

29

Szczegółowe uzgodnienia, co do wprowadzonych zmian, często pozostają tajemnicą handlową stron. Dlatego też argumentowanie swoich twierdzeń w oparciu o informacje powzięte z Internetu nie mogą stanowić przeciwwagi do oświadczenia producenta, które w ocenie Izby, może być uznane za jedynie wiarygodne.

„W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że niezgodność oferty, aby była prawnie doniosła z punktu widzenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, dotyczyć powinna niezgodności zobowiązania zamawianego w (...) oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Może także polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami (...), przy czym chodzi tu o wymagania (...) dotyczące treści oferty. Ponadto niezgodność oferty musi mieć charakter pewny i nieusuwalny.” (wyrok SO w Toruniu z dnia 10 marca 2015 r., sygn. akt VIII Ca 76/15). Odwołujący okoliczności przeciwnej nie udowodnił.” Należy zauważyć, że w postępowaniu, w którym wydano zacytowane wyżej orzeczenie, uczestniczyły podmioty, które uczestniczyły w niniejszym postępowaniu, zatem musiały zdawać sobie sprawę z niedogodności postanowień SIWZ.

Konkludując, Izba nie dopatrzyła się niezgodności treści ofert z treścią SIWZ skutkujących odrzuceniem tych ofert.

Wniosek Odwołującego Comarch o powołanie biegłego z dziedziny informatyki z zakresu sieci komputerowych, o znajomości produktów CISCO, z analogicznymi pytaniami, jak w złożonej przez niego opinii biegłego z 10.05.2017 r. Izba oddaliła, jako niemający wpływu na rozstrzygnięcie i prowadzący do przewlekłości postępowania. Zauważyć trzeba, że zarówno stanowiska obu Odwołujących w tym zakresie, jak i pytania Comarch były oparte o nadinterpretację SIWZ (Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymogów odnoszących się bezpośrednio do ruchu wychodzącego poza obręb fizycznego serwera), bądź zakładały istnienie zamkniętego, znanego powszechnie katalogu produktów danego producenta (katalog produktów może być zamknięty, ale nie oznacza to, że na podstawie danych opartych na informacjach pochodzących z internetu można to bezwzględnie przesądzić) oraz opierały się domysłach co do dookreślenia oferowanego produktu (którego na obecnym etapie postępowania Zamawiający jeszcze nie wymagał). W konsekwencji Izba nie podzieliła argumentacji obu Odwołujących. Podobnie, jak w odniesieniu do zadeklarowanej w ofertach gwarancji producenta. Na tym etapie postępowania nie można definitywnie przesądzić, że producent nie udziela gwarancji (skoro przedmiot zamówienia nawet nie został uszczegółowiony w ofertach). W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń w tym zakresie.

30

Sygn. akt KIO 837/17

Zarzut dotyczący bezpodstawnego utajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Comtegy Izba uznała za uzasadniony. Skutkowało to uwzględnieniem odwołania, ponieważ ujawnienie pozostałym wykonawcom dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu (tychże dokumentów dotyczyło odwołanie w odniesieniu do zastrzeżenia „tajemnicy przedsiębiorstwa”) może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. W konsekwencji, aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione trzy przesłanki: dana informacja nie została udostępniona do wiadomości publicznej, dana informacja, musi posiadać wartość gospodarczą (niekoniecznie wyrażoną w pieniądzu), przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa musiał podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Najwyższy, informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą (tak m.in. SN w wyroku z dnia 03.10.2000 r., (I CKN 304/00), SN w wyroku z dnia 05.09.2001 r., (I CKN 1159/00, OSNC 2002/5/67), SN w wyroku z dnia 07.03.2003 r. (I CKN 89/01, LEX nr 583717).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje i czynność ta musi przez zastrzeżenia zostać oceniona zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji." (wyrok KIO z dnia 04.06.2013 r., KIO 1187/13).

31

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, 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, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to, że aby dana informacja została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykonawca nie tylko musi 1) złożyć taką informację, 2) zastrzec, że nie może być udostępniana, 3) wykazać, że zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wszystkie trzy przesłanki muszą być spełnione łącznie - co wiąże się z koniecznością akceptacji przez wykonawcę okoliczności, że informacja zastrzeżona przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa zostanie ujawniona, o ile nie wykaże, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc wykonawca, składając poufną informację ryzykuje, że zostanie ona ujawniona, jeżeli nie podoła obowiązkowi wykazania, że dana informacja rzeczywiście zasługuje na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dlatego nie wystarczą rozważania wykonawcy o charakterze ogólnym, podawanie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa czy powoływanie się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej – nie są to środki dowodowe, zmierzające do wykazania czegokolwiek.

Odwolujący nie otrzymał od Zamawiającego żadnej informacji o treści zastrzeżenia tajemnicy. Zarówno część odpowiedzi Comtegy jak i wezwania Zamawiającego zostały utajniona i nie udostępniona Odwołującemu. Odwołujący nie miał wiedzy jak tego rodzaju zastrzeżenie zostało poczynione i czy w ogóle zostało poczynione. Domniemywał jedynie, że w taki sam sposób jak w przypadku zastrzeżenia tajemnicy załączonej do formularza cenowego - tj. nieskutecznie (co przyznał sam Zamawiający udostępniając Odwołującemu treść tych wyjaśnień oraz samego formularza cenowego). Domniemania Odwołującego okazały się trafne – Izba zapoznała się z uzasadnieniem załączonym do wyjaśnień. Comtegra przywołuje definicję tajemnicy przedsiębiorstwa i omawia orzecznictwo (Sądu Antymonopolowego, Krajowej Izby Odwoławczej). Wskazuje na podmioty prywatne, z którymi zawarło kontrakty, podnosząc, że wiedza o klientach i kontraktach jest poufna i nie jest powszechnie dostępna. Jednocześnie nie zaprzeczał, że lista tych podmiotów zawarta jest na jego stronie internetowej. W wykazie usług opisano wykonane prace używając opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Załączone do wykazu referencje (potwierdzenie

naależytego wywiązania się z zobowiązania, które z istoty służy do prezentowania innym potencjalnym kontrahentom) mają element pozytywnej oceny, a list referencyjny z 3 marca 2013 r. wręcz „z pełnym przekonaniem poleca firmę Comtegra jako profesjonalnego, rzetelnego i wiarygodnego partnera”. W konsekwencji nie ma żadnych podstaw, aby powyższe dokumenty stały się powodem wyłączenia zasady jawności postępowania.

32

Co do informacji zastrzeżonych w wykazie osób, trafnie Odwołujący powoływał się na orzeczenie KIO z 6 lutego 2017 r. (KIO 102/17 i 110/17), w którym Izba wskazała: „Przed wszystkim nie są to informacje stanowiące własność przedsiębiorstwa tylko własność osób współpracujących z przedsiębiorstwem o ich wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym. W związku z tym przedsiębiorstwo nie ma prawa ich zawłaszczać i powoływać się na tajemnice przedsiębiorstwa. Osobami tymi są uprawnieni inżynierowie i geodeci, którzy nie są przedmiotem własności przedsiębiorstwa a informacje o nich można uzyskać czy to poprzez rejestry osób uprawnionych zarówno publikowanych w Internecie jak również przez portale firm pośredniczących w poszukiwaniu uprawnionego personelu o wymaganych kwalifikacjach. Ponadto podmiot na rzecz którego sporządzane są wykazy jest podmiotem publicznym wydającym środki publiczne. W związku z tym obowiązuje zasada jawności postępowania przewidziana art. 10 ustawy pzp., która umożliwia kontrolę prowadzonych postępowań zarówno w trakcie ich przeprowadzania jak i po ich zakończeniu. Przed wszystkim dobro publiczne zakazuje ochrony wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto argumentacja o utracie osoby współpracującej czy też wzrostu kosztów przedsiębiorcy nie może zabraniać innym wykonawcom nawiązywania kontaktów z osobami współpracującymi z innymi wykonawcami. Wymiana pracowników pomiędzy poszczególnymi wykonawcami umożliwia ich stały rozwój i zdobywanie nowych doświadczeń zawodowych co przekłada się na korzyść dla rynku na którym te osoby funkcjonują to jest rynku zamówień publicznych. W ocenie Izby tak argumentowana tajemnica wykazu osób, z którymi współpracują wykonawcy nie zasługuje na ochronę a wręcz szkodzi dobru publicznemu, ponieważ ogranicza rotację na rynku osób z wymaganymi kwalifikacjami oraz doświadczeniami. W szczególności odnosi się to do osób posiadających odpowiednie wykształcenie, kwalifikacje, uprawnienia zawodowe co kwalifikuje ich do wolnych zawodów, wobec których podejmowane praktyki utajniania wykazu osób nie chronią tylko szkodzą dobru publicznemu przez pozbawianie wykonawcom specjalistów posiadającymi poszukiwane na rynku kwalifikacje. Tym bardziej, że informacje o tych osobach są dostępne na szeroko rozumianym rynku usług. Rotacja w zatrudnieniu osób reprezentujących zwłaszcza wolne zawody wpisuje się podnoszenie poziomu świadczenia usług przez poszczególnych wykonawców (...).”

Comtegra również w uzasadnieniu zastrzeżenia nie podała skonkretyzowanych powodów, dlaczego informacje zawarte w wykazie osób nie mogą być ujawnione, poza ogólnikowe stwierdzenia o praktyce prób pozyskania pracowników przez inne firmy. Takie ryzyko zawsze istnieje na rynku pracy (jak dostrzegala Izba chociażby w przywołanym wyżej wyroku), niemniej jednak zasada jawności ma prymat – dlatego wykonawca powinien wykazać, dlaczego standardowe wykorzystanie narzędzi prawa pracy nie chroni go przed utratą pracowników. Próby argumentacji Comtegra podjęła dopiero na rozprawie, jednak były

33

to próby zarówno spóźnione, jak i pozbawione dowodów. Comtegra nie wskazała również, które z umiejętności osób z wykazu są szczególnie wyjątkowe i cenne dla wykonawcy (wśród umiejętności wymieniano np. „zdolność do komunikowania się z Zamawiającym w języku polskim”).

Reasumując, w ocenie składu orzekającego nie ma kategorii dokumentów, która już z samej definicji podlegałaby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa; na podstawie art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wykonawca jest zobowiązany wykazać, że informacje te zasługują na ochronę. W konsekwencji brak wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa skutkuje ich ujawnieniem. Dlatego Izba orzekła jak w sentencji, nakazując ujawnienie informacji zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu.

Sygn. akt KIO 838/17

Zarzut nieaktualności dokumentów złożonych przez Comtegrę Izba uznała za nietrafny.

Odwołujący podnosił, że informacje z KRK mają „domniemanie” aktualności do 6 miesięcy od dnia wystawienia, natomiast informacje US i ZUS aktualne są tylko przez 3 miesiące, a w konsekwencji dokumenty te nie były aktualne na dzień uzupełnienia, ale jedynie na datę składania ofert (tzn. według Odwołującego – wystawione są za wcześnie).

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Rzeczywiście przepisy prawa wydają się niekonsekwentne, na jaką datę dokumenty mają być „aktualne” (zgodnie z art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – na dzień ich złożenia, zgodnie z § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy – powinny być wystawione w odpowiednim 3 i 6-miesięcznym terminie przed składaniem ofert). Można przyjąć, że rozporządzenie stwarza domniemanie aktualności dokumentów, wynikające z daty ich wystawienia, a ustawa mówi o rzeczywistej aktualności dokumentów – dokument jest aktualny, o ile potwierdza okoliczności, które nie uległy zmianie. Zatem uprawniona zdaniem składu orzekającego jest akceptacja uzupełnionych dokumentów, wystawionych w odpowiednich terminach liczonych przed datą składania ofert, o ile stan, potwierdzony tymi dokumentami, nie uległ zmianie. Można wskazać na postulat, że wykonawca winien nie podlegać wykluczeniu w dacie otwarcia ofert i powinien w tym stanie trwać. Ponieważ celem przepisów miało być ułatwienie dla wykonawców, trudno oczekiwać, żeby systematycznie, w miarę przedłużania się postępowania, w każdym kolejnym tygodniu wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia pozyskiwali nowe dokumenty, potwierdzające, że nie podlegają

34

wykluczeniu (jest to zarówno kosztowne, jak i czasochłonne). W konsekwencji, aby udowodnić, że uzupełnione dokumenty utraciły walor „aktualności” Odwołujący powinien wykazać, że zmienił się stan rzeczy, który te dokumenty potwierdzają. Konkludując, Izba nie znalazła argumentów, przemawiających za uwzględnieniem odwołania sygn. akt KIO 838/17 (brak wpływu na wynik postępowania).

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

35

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....
.....
.....