

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Aleksandra Patyk
Katarzyna Poprawa

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018 r. przez
wykonawcę Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez
zamawiającego Komendę Główną Policji w Warszawie

przy udziale wykonawcy Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po
stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Intertrading Systems Technology
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet
kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy
złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Intertrading Systems Technology
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od
odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od
dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 565/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Główna Policji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia
publicznego pod nazwą „Modernizacja, optymalizacja infrastruktury sprzętowej, systemowej
i aplikacyjnej Systemu Wspomagania Obsługi Policji (SWOP)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 sierpnia 2017 r. pod numerem 2017/S 163-335842. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 26 marca 2017 r. wykonawca Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o., zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comparex, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie opisanym dalej w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Comparex pomimo, że treść jego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, co zgodnie z przepisami Ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do odrzucenia jego oferty;
3. art. 84 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp z uwagi na niedozwoloną zmianę treści oferty po dniu składania ofert poprzez jej sprecyzowanie na etapie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz zaniechanie odrzucenia oferty Comparex, pomimo niewskazania modeli oferowanych urządzeń w ofercie;
4. art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień z dnia 14.03.2018 r. złożonych przez Comparex w części dotyczącej zakresu prac wykonywanych przez niego w zamówieniu realizowanym na rzecz Narodowego Banku Polskiego pomimo, iż wykonawca ten nie zastrzegł informacji dotyczącej tego zamówienia jako stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś zaniechanie ich odtajnienia przez Zamawiającego uniemożliwia wykonawcom weryfikację badania i oceny ofert w zakresie, w którym Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 341/18 nakazała Zamawiającemu wezwanie Comparex do złożenia wyjaśnień;
5. art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Comparex z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w SIWZ w Rozdziale VI ust. 1 pkt. 2) dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, z uwagi na to, że wyjaśnienia Comparex złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.03.2018 r. nie potwierdzają, iż zakres prac wykonywanych przez Comparex na rzecz Zamawiającego Narodowego Banku Polskiego podczas realizacji zamówienia na dostarczenie oraz instalację platformy IBM Power oraz migrację systemów wraz z 3-letnim rozszerzonym serwisem technicznym, które, jak wynika z przedłożonego poświadczenia wykonania zamówienia, Comparex wykonywał wspólnie w konsorcjum z firmą Cloudware Polska Sp. z o.o.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Comparex, wykluczenia wykonawcy Comparex z postępowania, wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto w związku z brakiem możliwości zapoznania się przez Odwołującego z wyjaśnieniami złożonymi przez Comparex w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.03.2018 r. z uwagi na ich zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz brak ich odtajnienia przez Zamawiającego, Odwołujący wniósł o zbadanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, czy zakres prac realizowanych przez Comparex na rzecz Narodowego Banku Polskiego podczas realizacji zamówienia na dostarczenie oraz instalację platformy IBM Power oraz migrację systemów wraz z 3-letnim rozszerzonym serwisem technicznym, które Comparex wykonywał wspólnie w konsorcjum z firmą Cloudware Polska Sp. z o.o., jest wystarczający dla uznania iż Comparex samodzielnie spełnił warunek udziału w Postępowaniu określony w Rozdziale VI ust. 1 pkt. 2) SIWZ, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu zwrócenie się bezpośrednio do podmiotu, na rzecz którego było realizowane zamówienie: Narodowego Banku Polskiego z prośbą o odpowiedź na pytanie, jaki był dokładny zakres prac wykonywanych przez Comparex i czy zakres prac realizowanych przez Comparex spełnia warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na jego

rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Uzasadniając zarzut niezgodności z SIWZ serwerów wskazanych w zmienionej po dniu składania ofert ofercie Comparex, Odwołujący wskazał m.in., iż z oświadczeń i dokumentów złożonych przez Comparex na rozprawie w dniu 8 marca 2018 r. wynika, że wykonawca ten zaoferował następujące modele serwerów: Lenovo System x3650 M5 U08X561, Lenovo System x3650 MS U08X571, Lenovo System x3650 M5 U08X581, Lenovo System x3650 MS U08X591 oraz Lenovo System x3650 MS U08X5A1. W ocenie Odwołującego wskazuje na to wypowiedź pełnomocnika Comparex odnosząca się do pisma Lenovo Global Technology z dnia 7.03.2018 r., przedłożonego przez Comparex na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 341/18, zacytowany w odwołaniu fragment tego pisma, jak również treść uzasadnienia wyroku KIO z dnia 8 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 341/18.

Odwołujący wskazał, że zaoferowanie 5 modeli serwerów przez Comparex oraz przedstawienie na rozprawie przed KIO „Wykazu Oferty Specjalnej” zawierającej ich konfigurację, należy uznać za nowe okoliczności nieznane wcześniej stronom, zatem Odwołujący nie mając możliwości zapoznania się z nimi, nie miał również żadnej możliwości ich kwestionowania. Dokumenty przedstawione na rozprawie przez Comparex zdaniem Odwołującego dowodzą tego, że Comparex zaoferował 5 modeli serwerów, zamiast wymaganych 3, które Comparex pierwotnie określił jako Typ IA, Typ IB, Typ II zgodnie z wymogiem określonym w Rozdziale 6 Szczegóły realizacji etapów Załącznika Nr 1 do Umowy przez co potwierdził, że jego oferta jest niezgodna z SIWZ, jak również o tym, że oferta Comparex została zmieniona po dniu składania ofert. Krajowa izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2739/17, który dotyczył kwestionowania ustaleń dokonanych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu na skutek pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18.12.2017 r., potwierdziła wagę dokumentu Opis Przedmiotu Zamówienia uznając, iż stanowi on treść oferty, który pozwala zidentyfikować przedmiot świadczenia po stronie wykonawcy. Comparex przedstawił na dzień składania ofert Szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia (dalej jako: „Opis oferty”), stanowiący o treści jego oferty (Typ IA, Typ IB, Typ II), a następnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Opis oferty został uszczegółowiony o informacje dotyczące szczegółowej konfiguracji oferowanych urządzeń kolejno dla trzech oferowanych Typów serwerów (odpowiednie fragmenty ww. dokumentów przedstawiono w odwołaniu).

Odwołujący zwrócił uwagę na wagę dokumentu jakim jest Opis oferty pod kątem oceny oferty Comparex i przywołał w tym zakresie treść uzasadnienia wyroku KIO z dnia 12 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2739/17. W ocenie Odwołującego jakakolwiek zmiana parametrów wskazanych w konfiguracjach określonych przez Comparex w treści Opisu oferty winna zostać potraktowana jako zmiana treści oferty z uwagi na zmianę elementów, które pozwolą zidentyfikować przedmiot świadczenia po stronie tego wykonawcy. Wskazanie przez Comparex na rozprawie przed KIO w dniu 8 marca 2018 r., iż przedmiotem oferty Comparex jest 5 modeli serwerów: Lenovo System x3650 MS U08X561, Lenovo System x3650 MS U08X571, Lenovo System x3650 MS U08X581, Lenovo System x3650 M5U08X591 oraz Lenovo System x3650 M5 U08X5A1, zdaniem Odwołującego stanowi wskazanie modeli oferowanych urządzeń po dniu składania ofert na etapie rozprawy przed KIO. Na okoliczność niezgodności działania Comparex z przepisami Ustawy Pzp Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 19 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 3/18 oraz wyrok KIO z 14 marca 2017 r., sygn. akt KIO 354/17, 379/17.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podniósł, że wskazane przez Comparex modele serwerów nie spełniają wymagań SIWZ. Zarówno oferowany przez Comparex Serwer Lenovo System x3650 U08X561, jak i Serwer Lenovo System x3650 U08X571 nie spełniają wymagania SIWZ dotyczącego pamięci RAM wymaganej dla serwera Typu I i II. Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Comparex na rozprawie w dokumencie „Wykaz oferty specjalnej”, ww. serwery posiadają jedynie 32 GB RAM, tymczasem z treści Opisu Przedmiotu Zamówienia wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ, a dokładnie Uszczegółowienia specyfikacji serwerów Typ I i II (str. 37 i 39 Załącznika Nr 1 do Umowy) wynika, że wymaganie w zakresie minimalnej pamięci RAM dotyczyło dla serwera Typu I 128 GB RAM, a dla serwera Typu II 265 GB RAM. Ponadto Odwołujący wskazał, iż zarówno serwer oznaczony kodem produktu U08X561, jak i serwer oznaczony kodem produktu U08X571 nie spełniają wymagania z SIWZ w zakresie posiadania wewnętrznego napędu optycznego, tzn. nie posiadają żadnego napędu optycznego DVD, na co wskazuje zestawienie konfiguracji dla obu serwerów wskazane w pkt. 1.2. lit. c) odwołania. Brak wewnętrznego napędu DVD wskazuje na niespełnienie wymagania postawionego przez Zamawiającego w Uszczegółowieniu Specyfikacji Serwerów Typ I i II, str. 38 Załącznika Nr 1 do Umowy dotyczącego posiadania wewnętrznego napędu optycznego DVD. Odwołujący podniósł również, iż treść zmienionej na rozprawie oferty jednoznacznie obejmuje następujące modele serwerów: Lenovo System x3650 MS U08X561, Lenovo System x3650 MS U08X571, Lenovo System x3650 M5 U08X581, Lenovo System x3650 MS U08X591 oraz Lenovo System x3650 MS U08X5A1. Żaden z opisów konfiguracji dla ww. serwerów nie

pozwała potwierdzić zaferowania konfiguracji zgodnej z SMZ w zakresie liczby zastosowanych procesorów, liczby i rodzaju dysków twardych, kart i interfejsów sieciowych. Odwołujący zauważył przy tym, że Zamawiający żądał od Comparex w toku postępowania przedstawienia szczegółowej konfiguracji oferowanego modelu Lenovo System x3650 M5, Skoro jednak - zgodnie ze stanowiskiem Comparex - w istocie nie jest to oferowany model, lecz jedynie „rodzina”, a modele zidentyfikowane są poprzez numery wskazane na rozprawie, to tym bardziej konieczne zdaniem Odwołującego byłoby wskazanie ich szczegółowej konfiguracji.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zaniechania odtajnienia wyjaśnień Comparex z 14 marca 2018 r., w ocenie Odwołującego

Comparex nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt, iż w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, powołał się na umowę realizowaną przez konsorcjum firm Comparex Poland sp. z o. o. oraz Cloudware Polska sp. z o. o. Odwołujący wskazał, iż nie jest mu znana treść wyjaśnień złożonych przez Comparex na wezwanie z dnia 12 marca 2018 r., jednak zakłada on, że wyjaśnienia te nie rozwiewają wątpliwości w tym zakresie. Odwołujący stwierdził także, że treść wyjaśnień została bezzasadnie uznana przez Zamawiającego jako zasługująca na utajnienie w całości. Odwołujący podkreślił, że przedmiotowa umowa została zawarta przez konsorcjum z Narodowym Bankiem Polskim po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarówno przedmiot umowy, jak i jej wartość, są więc jawne z mocy prawa. Podział prac pomiędzy członków konsorcjum trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro całościowy ich zakres jest znany. W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie wyjaśnień jako tajemnicy, nie ma na celu ochrony jakichkolwiek informacji posiadających wartość gospodarczą, lecz jedynie uniemożliwienie Odwołującemu dostępu do danych, których weryfikacja mogłaby doprowadzić do skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp.

Na posiedzeniu w dniu 12 kwietnia 2018 r. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia przez wykonawcę Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2018 r., przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 27 marca 2018 r., a zatem 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia został zachowany. Przystępujący wskazał również stronę, do której przystępuje oraz interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść tej strony. Na posiedzeniu Odwołujący i Zamawiający potwierdzili

otrzymanie kopii pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia oraz jej modyfikacje, ofertę Przystępującego, korespondencję prowadzoną pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym kierowane przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów i pisma Przystępującego złożone w odpowiedzi na te wezwania, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba włączyła również w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 2739/17 oraz KIO 341/18, których przedmiotem rozpoznania były odwołania wniesione na czynności Zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania oraz złożonych przez Odwołującego i Przystępującego w toku rozprawy. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 kwietnia 2018 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem IV.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego jest modernizacja, optymalizacja infrastruktury sprzętowej, systemowej i aplikacyjnej Systemu Wspomagania Obsługi Policji (SWOP). Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w Załączniku nr 1 do Projektu Umowy. Projekt Umowy wraz z Opisem przedmiotu zamówienia stanowił Załącznik nr 2 do SIWZ. Zgodnie z punktem VII.2 SIWZ, w brzmieniu zmienionym w dniu 24 października 2017 r., w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego wymagał on złożenia wraz z ofertą szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia potwierdzającego spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w załączniku nr 1 do umowy (opis musi zawierać: producenta, nazwę i model oferowanego asortymentu w przypadku sprzętu i licencji oraz nazwę oferowanych szkoleń).

W punkcie VI.1 ppkt 2) SIWZ Zamawiający wskazał, iż o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej - wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień polegających na dostawie i instalacji sprzętu serwerowego i oprogramowania wraz ze świadczeniem usługi wsparcia przez okres min. 12 miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł (cztery miliony złotych) brutto każda. Zgodnie z punktem VII. 1 SIWZ w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w punkcie VI.1 SIWZ Zamawiający zażądał złożenia wraz z ofertą oświadczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”). Zamawiający wymagał także złożenia wypełnionego Formularza ofertowego o treści zalecanej załącznikiem nr 1 do SIWZ. Dodatkowo w punkcie VII.5.1.2. SIWZ Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie żądał wykazu wykonanych dostaw, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotów, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zalecana treść wykazu stanowiła załącznik nr 4 do SIWZ.

W postępowaniu wpłynęły oferty czterech wykonawców. Przystępujący wraz z ofertą złożył m.in. dokument zatytułowany Szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego określonych w załączniku nr 1 do umowy, który został zastrzeżony przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. W dniu 24 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, w związku ze zmianą SIWZ ogłoszoną pismem FZF-11331/17 z dnia 24 października 2017 r., do uzupełnienia szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiem SIWZ. W odpowiedzi Przystępujący w dniu 29 listopada 2017 r. złożył uzupełniony Szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia, którego treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 18 grudnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie. Na powyższą czynność odwołanie wniósł wykonawca Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w

Warszawie. Wyrokiem z dnia 12 stycznia 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej w treści z treścią SIWZ.

W toku powtórnego badania i oceny ofert, pismem z dnia 16 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował Przystępującego, że dokonuje odtajnienia części oferty w zakresie Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (str. 83-85 oferty) oraz Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia złożonego 29 listopada 2017 r. w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp.

W dniu 1 lutego 2018 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 23 stycznia 2018 r., Przystępujący złożył dokumenty, o których mowa w art. 26 ust. 1 Ustawy Pzp, w tym m.in. wykaz wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi, że dostawy zostały wykonane należycie. W treści wykazu dostaw Przystępujący powołał się na dwie dostawy realizowane na rzecz Narodowego Banku Polskiego. Dnia 13 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Newind S.A. z siedzibą we Wrocławiu. Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie, w konsekwencji którego Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 8 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 341/18 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert. 12 marca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców, iż zgodnie z ww. wyrokiem Izby dokonuje unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 12 lutego 2018 r.

W dniu 12 marca 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, jaki był zakres i wartość działań poszczególnych członków konsorcjum przy realizacji umowy na rzecz Narodowego Banku Polskiego. W dniu 14 marca 2018 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia w powyższym zakresie oraz załączył dowody mające potwierdzić spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Treść wyjaśnień oraz załączone dowody zostały zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 16 marca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba uznała, iż zarzuty te nie potwierdziły się, wobec czego odwołanie podlegało oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż nie podzieliła argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 84 ust. 1 Ustawy Pzp został wniesiony z uchybieniem ustawowego terminu. Izba wskazuje, iż odwołanie podlegające rozpoznaniu w przedmiotowej sprawie zostało wniesione wobec nowej czynności Zamawiającego polegającej na ponownym wyborze oferty Przystępującego, o którym Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 16 marca 2018 r. Odwołujący kwestionował ww. czynność Zamawiającego podnosząc zarzuty oparte na okolicznościach faktycznych wynikających z oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 341/18 w dniu 8 marca 2018 r., a konkretniej na wynikających z pisma producenta Lenovo oznaczeniach nadanych zaofertowanym przez Przystępującego serwerom oraz konfiguracji tych serwerów przedstawionych w dokumencie firmy Lenovo „Wykaz oferty specjalnej.” Odwołujący koncentrował swoją argumentację wokół kwestii zgodności konfiguracji serwerów wskazanych w „Wykazie oferty specjalnej” z konfiguracją wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ, a także wywodził z ww. okoliczności i dokumentów niedozwoloną zmianę treści oferty Przystępującego po upływie terminu składania ofert. Okoliczności te nie były Odwołującemu znane w chwili wnoszenia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 lutego 2018 r., a zatem nie miał on możliwości sformułowania wówczas zarzutów wyartykułowanych obecnie. Ponadto do czasu otrzymania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący nie posiadał wiedzy czy dokumenty przedstawione przez Przystępującego w dniu 8 marca 2018 r. zostaną poddane ocenie przez Zamawiającego w toku ponownego badania i oceny ofert ani jakie będą ewentualne konsekwencje tak dokonanej oceny. Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący kwestionując wybór oferty najkorzystniejszej dokonany przez Zamawiającego w dniu 16 marca 2018 r. po powtórzeniu czynności badania i oceny ofert był zatem uprawniony do podniesienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 84 ust. 1 Ustawy Pzp opartego na ww. okolicznościach faktycznych, nieznanych Odwołującemu w chwili wniesienia odwołania wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13 lutego 2018 r.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp i art. 84 ust. 1 Ustawy Pzp, niemniej zarzuty te w ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdziły się.

Izba stwierdziła, że po stronie Przystępującego nie doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert poprzez jej sprecyzowanie na etapie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 341/18. Wskazać należy, iż

Przystępujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia wraz z ofertą, a następnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 listopada 2017 r., przedstawił Szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia na potwierdzenie spełnienia wymagań wynikających z SIWZ, w którym wskazał proponowane konfiguracje sprzętowe serwerów określając producenta, nazwę i model odpowiednio dla serwerów Typu I (A i B) i II. Co istotne, konfiguracje serwerów zaoferowanych przez Przystępującego wskazane w Szczegółowym opisie oferowanego przedmiotu zamówienia nie uległy zmianie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a Odwołujący nie kwestionował w rozpoznawanym odwołaniu zgodności konfiguracji wynikających ze Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia ze specyfiką serwerów wymaganą przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia.

Okolicznością, z której Odwołujący wywodził niedozwoloną zmianę treści oferty Przystępującego po upływie terminu składania ofert, było „wskazanie przez Comparex na rozprawie przed KIO w dniu 8 marca 2018 r., iż przedmiotem oferty Comparex jest 5 modeli serwerów Lenovo System x3650 M5: Lenovo System x3650 M5 UO8X561, Lenovo System x3650 M5 UO8X571, Lenovo System x3650 M5 UO8X581, Lenovo System x3650 M5 UO8X591, Lenovo System x3650 M5 UO8X5A1,” co zdaniem Odwołującego świadczyło o wskazaniu modeli oferowanych urządzeń już po dniu składania ofert. Niemniej należy zauważyć, iż jak przesądziła Izba w wyroku z dnia 8 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 341/18, Przystępujący w chwili ofertowania nie miał możliwości wpisania modelu w inny sposób niż poprzez wskazanie nazwy x3650 M5. W wyroku tym Izba wyraźnie wskazała, iż wobec braku określenia przez Zamawiającego na gruncie SIWZ pojęcia modelu dopuszczalnym było zaoferowanie przez Przystępującego modelu Lenovo System x3650 M5, który mógł być w przyszłości oznaczony dodatkiem wskazującym na konfigurację dopiero w okresie przedprodukcyjnym. Izba stwierdziła wówczas, iż w warunkach nieopisania przez Zamawiającego w SIWZ pojęcia modelu należało uznać, że to producent sprzętu ustala jaki jest zakres znaczeniowy tego terminu i dokonuje oznaczenia modelu. Odwołujący nie wskazał, że przedmiotowe orzeczenie zostało przez niego zaskarżone, a zatem brak jest jakichkolwiek podstaw do kwestionowania na obecnym etapie ustaleń poczynionych przez Izbę w ww. sprawie.

Nie sposób zatem zgodzić się z Odwołującym, iż ujawnienie dodatkowych oznaczeń serwerów dla zaoferowanych przez Przystępującego konfiguracji serwerów Lenovo System x3650 M5 miałoby świadczyć o zmianie treści oferty Przystępującego. W ocenie Izby samo nadanie przez producenta Lenovo dodatkowych oznaczeń technicznych w stosunku do oznaczenia modelu wskazanego w ofercie Przystępującego dla serwerów o konfiguracjach podanych w Szczegółowym opisie oferowanego przedmiotu zamówienia, nie wpływa na treść oferty Przystępującego, który zaoferował konkretne serwery o ściśle wymaganych przez Zamawiającego parametrach i tak oferowany przedmiot zamówienia nie uległ zmianie. Nie uległ zmianie również wskazany w ofercie model serwerów - zaoferowany został model

Lenovo x3650 M5, a jedynie modelowi temu, skonfigurowanemu dla potrzeb

przedmiotowego zamówienia, producent nadał dodatkowe oznaczenia, które powstały po terminie złożenia oferty (UO8X561, UO8X571, UO8X581, UO8X591, UO8X5A1). Dlatego Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż wskazanie modeli oferowanych urządzeń nastąpiło dopiero na etapie rozprawy przed KIO w dniu 8 marca 2018 r., tj. po dniu składania ofert. Przystępujący w chwili składania oferty wskazał taki model serwerów, jaki był wówczas używany przez ich producenta i siłą rzeczy nie miał wtedy możliwości wskazania dodatkowych oznaczeń technicznych nadanych przez producenta później, a jak wskazała

Izba w wyroku z 8 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 341/18 w warunkach nieopisania przez Zamawiającego w SIWZ pojęcia modelu należało uznać, że Przystępujący mógł jako model podać oznaczenie x3650 M5. Z kolei nadanie przez producenta oferowanym serwerom dodatkowych oznaczeń nie wpłynęło w żaden sposób na przedmiot świadczenia Przystępującego, który był możliwy do zidentyfikowania na podstawie oferty i Szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wykazał zaś, że na podstawie informacji przedstawionych przez Przystępującego w ofercie i Szczegółowym opisie oferowanego przedmiotu zamówienia zidentyfikowanie przedmiotu świadczenia nie było możliwe, a stało się możliwe dopiero po skonkretyzowaniu dodatkowych, unikalnych oznaczeń technicznych serwerów.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, iż z dokumentów złożonych przez Przystępującego na rozprawie w dniu 8 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 341/18, tj. pisma Lenovo Global Technology Sp. z o.o. z dnia 7 marca 2018 r. i dokumentu „Wykaz oferty specjalnej” wynika, że przedmiotem oferty Comparex jest 5 modeli serwerów -

UO8X561, UO8X571, UO8X581, UO8X591, UO8X5A1. O przedmiocie zaoferowanego przez

Przystępującego świadczenia przesądza treść oferty i złożonego następnie na wezwanie Zamawiającego Szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, a nie treść dokumentów złożonych podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przystępujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie składał oświadczeń, wyjaśnień czy dokumentów, które wskazywałyby na zmianę treści oferty. Co więcej, Przystępujący w toku rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 341/18, wskazał jedynie, iż w piśmie z dnia 7 marca 2018 r. zostały podane wszystkie numery zaoferowanego modelu w rodzinie X3650, co nie jest równoznaczne z uznaniem, że zaoferowane zostały serwery o wszystkich wskazanych tam numerach katalogowych (tj. wszystkie 5 modeli serwerów).

Zważyć także należy, że Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego w złożonym na rozprawie opracowaniu zawierającym zestawienie wymagań Zamawiającego oraz specyfikacji oferowanego przez Przystępującego rozwiązania przyporządkował do serwerów typu I A i I B trzy modele wskazane w „Wykazie oferty specjalnej” (UO8X571, UO8X581, UO8X591), a do serwerów typu II dwa modele (UO8X5A1, UO8X561). Taka interpretacja treści dokumentów producenta Lenovo budzi wątpliwości już chociażby z tego względu, że Przystępujący zaoferował - jak tego wymagał Zamawiający - tylko trzy typy serwerów (Typ I A, I B, II). Przystępujący był uprawniony zamówić u producenta pięć różnych konfiguracji serwerów, co nie świadczy o tym, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferował wszystkie te pięć konfiguracji, zdaniem Izby o faktycznie zaoferowanych konfiguracjach przesądza bowiem treść oferty i Szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje także, że dokumenty złożone na rozprawie w dniu 8 marca 2018 r. w sprawie KIO 341/18 stanowiły oświadczenia producenta oferowanych serwerów - firmy Lenovo, nie Przystępującego. Ponadto mieć należy na uwadze, że dokumenty te zostały złożone przez Przystępującego celem wykazania innej okoliczności, tj., że zaoferowane modele serwerów nie są starsze niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty, w tym, że przedmiotem oferty Przystępującego nie był serwer o oznaczeniu typu 8871, na który powoływał się Odwołujący we wcześniejszym odwołaniu. Ponadto Przystępujący na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2018 r. przedstawił wyjaśnienie, które modele serwerów wskazanych w „Wykazie oferty specjalnej” odpowiadają serwerom wskazanym w jego ofercie i które parametry techniczne sprzętu na to wskazują. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie argumentacji, która poddawałaby w wątpliwość wyjaśnienia Przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 84 ust. 1 Ustawy Pzp. W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp dotyczący niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ w zakresie wskazywanych w odwołaniu parametrów serwerów, takich jak pamięć RAM i napęd DVD. Zarzut ten został przez Odwołującego oparty na błędnym założeniu, że Przystępujący zaoferował w postępowaniu serwery oznaczone przez producenta Lenovo jako UO8X561, UO8X571, podczas gdy jak wskazano powyżej, Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови wykazania, że serwery o takiej konfiguracji były przedmiotem oferty Przystępującego. Złożony zaś przez Przystępującego Szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia opisujący konfiguracje trzech zaoferowanych typów serwerów potwierdzał spełnienie wymagań Zamawiającego i zgodności tych konfiguracji z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie kwestionował. Mając na uwadze, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie doszło do niedopuszczalnej zmiany oferty Przystępującego po upływie terminu składania ofert, niezasadna okazała się również argumentacja Odwołującego, iż zmieniona treść oferty Przystępującego obejmowała pięć modeli serwerów, a opis konfiguracji tych pięciu modeli serwerów wskazany w „Wykazie oferty specjalnej” nie pozwala potwierdzić zaoferowania konfiguracji zgodnej z SIWZ w zakresie liczby zastosowanych procesorów, liczby i rodzaju dysków twardych, kart i interfejsów sieciowych. Treść „Wykazu oferty specjalnej” stanowiła oświadczenie producenta serwerów, firmy Lenovo, a nie oświadczenie Przystępującego i z dokumentu takiego nie sposób wywodzić dokonania przez Przystępującego zmian w zakresie oferowanych parametrów technicznych serwerów. Przedmiot świadczenia oferowanego przez Przystępującego - na co Izba wskazywała już powyżej - ukształtowany został w treści oferty Przystępującego oraz złożonego w toku postępowania o udzielenie zamówienia Szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, a z oświadczeń i dokumentów producenta Lenovo złożonych w postępowaniu o sygn. akt KIO 341/18 nie sposób wywodzić tak dalekiego wniosku, jak czyni to Odwołujący, że konfiguracja wynikająca z oferty zdezaktualizowała się w momencie, kiedy Przystępujący przedstawił dokumenty wskazujące na nadanie serwerom skonfigurowanym na potrzeby zamówienia dodatkowych oznaczeń przez ich producenta.

W ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień Przystępującego z 14 marca 2018 r. w części dotyczącej zakresu prac wykonywanych przez Przystępującego w zamówieniu realizowanym na rzecz Narodowego Banku Polskiego. Izba uznała, że Przystępujący wykazał, jak tego wymaga art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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. Jak wynika z powyższego, jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy Ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Izba wskazuje, iż w przedmiotowej sprawie Przystępujący, jednocześnie ze złożeniem wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, złożył szczegółowe uzasadnienie dla zastrzeżenia treści tych wyjaśnień w poufności. Przedmiotowe wyjaśnienia zawierały informacje o podziale prac realizowanych w ramach umowy z dnia 6 czerwca 2016 r. z Narodowym Bankiem Polskim pomiędzy członków konsorcjum Comparex Poland Sp. z o.o. i Cloudware Polska Sp. z o.o. i opisywały rolę każdego z członków konsorcjum podczas realizacji ww. umowy. Dodatkowo Przystępujący do wyjaśnień załączył umowę konsorcjum oraz inne dokumenty związane z podziałem zadań i realizacją umowy zawartej z Narodowym Bankiem Polskim, w tym dokumenty o charakterze finansowym. Przystępujący przedstawił również uzasadnienie dlaczego zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując m.in. na odpowiednie postanowienia umowy konsorcjum nakładające na członków konsorcjum obowiązek zachowania poufności. Przystępujący wskazał ponadto dlaczego w jego ocenie zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą i które elementy, dane na to wskazują. Wyjaśnił także, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz, że podjął niezbędne działania w celu zachowania tych informacji w poufności, jak również opisał w sposób szczegółowy stosowane w jego organizacji instrumenty mające na celu zachowanie bezpieczeństwa informacji.

W ocenie składu orzekającego Izby przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 14 marca 2018 r. oraz załączone do tego pisma dowody pozwalają na uznanie, iż Przystępujący wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym wykazał spełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153 poz. 1503 ze zm., dalej jako „u.z.n.k.”), tj. że określone informacje nie były ujawnione do wiadomości publicznej, że stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą oraz, że w stosunku do tych informacji Przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie składu orzekającego Izby informacje dotyczące określonych relacji handlowych i wynikających z tych relacji warunków biznesowych współpracy (w tym warunków finansowych), mogą podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, o ile spełniają one przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., jako, że tego rodzaju informacje mogą mieć wpływ na konkurencyjność wykonawcy i jego pozycję rynkową. Izba wskazuje również, że Przystępujący wykazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania tych informacji w poufności, wyjaśnił funkcjonujące w jego strukturze organizacyjnej mechanizmy ochrony takich informacji, jak również powołał się na odpowiednie postanowienia załączonej do wyjaśnień umowy konsorcjum, zobowiązujące kontrahentów do zachowania warunków umownych w poufności. W tym stanie rzeczy brak było podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy uznając, że Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania

zdolności technicznej lub zawodowej w postaci legitymowania się co najmniej dwoma zamówieniami polegającymi na dostawie i instalacji sprzętu serwisowego i oprogramowania wraz ze świadczeniem usługi wsparcia przez okres min. 12 miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 4 000 000 zł brutto każda. Zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający - zgodnie z obowiązkiem nałożonym na niego przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 8 marca 2018 r., sygn. akt KIO 341/18 - wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy Pzp, w tym złożenia dowodów, jaki był zakres i wartość działań poszczególnych członków konsorcjum przy realizacji umowy na rzecz Narodowego Banku Polskiego. Odwołujący podnosił, iż złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na to wezwanie wyjaśnienia nie potwierdzają, że zakres prac wykonywanych przez Przystępującego na rzecz Narodowego Banku Polskiego jest wystarczający dla uznania, iż Przystępujący samodzielnie spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie VI.1 ppkt 2) SIWZ. Jednakże w ocenie składu orzekającego Izby analiza treści wyjaśnień Przystępującego oraz załączonych do nich dowodów potwierdza, iż Przystępujący jest uprawniony do samodzielnego legitymowania się doświadczeniem pozyskanym podczas realizacji umowy na rzecz Narodowego Banku Polskiego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze wytyczne Trybunału Sprawiedliwości UE wskazane w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), Izba zbadała zakres udziału Przystępującego i jego wkład w realizację ww. umowy, a w konsekwencji zweryfikowała czy Przystępujący nabył wówczas realne doświadczenie, którym może on posłużyć się na potrzeby postępowania prowadzonego przez Komendę Główną Policji. Przystępujący przedstawił w piśmie informacje o podziale prac realizowanych w ramach umowy z dnia 6 czerwca 2016 r. z Narodowym Bankiem Polskim pomiędzy członków konsorcjum Comparex Poland Sp. z o.o. i Cloudware Polska Sp. z o.o., jak również opisał rolę każdego z członków konsorcjum podczas realizacji ww. umowy. Przedstawił również dowody potwierdzające, iż realizował prace na rzecz Narodowego Banku Polskiego w całym obszarze, w tym złożył dokument (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), z którego wynikało jaka była rola drugiego z członków konsorcjum, firmy Cloudware Polska Sp. z o.o., w jakim wymiarze podmiot ten realizował umowę i jakie przysługiwało mu z tego tytułu wynagrodzenie. W tym stanie rzeczy, na podstawie informacji wynikających z treści wyjaśnień i złożonych dowodów, Izba nie znalazła podstaw do poddania w wątpliwość możliwości powoływania się na doświadczenie uzyskane przez Przystępującego podczas realizacji umowy dla Narodowego Banku Polskiego w przedmiotowym postępowaniu w sposób samodzielny.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 pkt 1) w zw. z § 5 ust. 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 z późn. zm.), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: