

Sygn. akt KIO/UZP 233/10

WYROK
z dnia 18 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Makronet Sp. z o.o., 2. Biatel S.A., 3. Centrum Informatyki ZETO S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Główny Urząd Statystyczny, al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa** protestu z dnia 25 stycznia 2010 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Makronet Sp. z o.o., 2. Biatel S.A., 3. Centrum Informatyki ZETO S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Makronet Sp. z o.o., 2.**

**Biatel S.A., 3. Centrum Informatyki ZETO S.A., adres dla pełnomocnika:
ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Makronet Sp. z o.o., 2. Biatel S.A., 3. Centrum Informatyki ZETO S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa, montaż i instalacja sprzętu komputerowego, biurowego oraz oprogramowania do realizacji zadań spisowych na potrzeby przeprowadzenia Powszechnego Spisu Rolnego w 2010 r. oraz Narodowego Spisu Powszechnego Ludności i Mieszkań w 2011 r.” Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 września 2009 r., pod numerem 2009/S 184-265226.

W dniu 25 stycznia 2010 r. Odwołujący się wniósł protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

1. art. 7 ust. 1 poprzez odmowę dostępu do całości oferty złożonej przez firmę ComArch S.A. i firmę WASKO S.A. i w konsekwencji uniemożliwienie skutecznego zaskarżenia oferty, gdyby ewentualnie zastrzeżone dokumenty okazały się wadliwe,
2. art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,
3. art. 89 ust 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia ofert, złożonych przez: Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. (zwane dalej „BIW Koncept”), Konsorcjum, którego Liderem jest firma Talex S.A. (dalej „Konsorcjum Talex”), ComArch S.A., jako że ich treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz)
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez BIW Koncept, z tego powodu, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5. art. 87 ust. 1 poprzez żądanie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert nie od Wykonawców tylko od producentów, nie będących uczestnikami przedmiotowego postępowania i nie powiadomienie o tym fakcie Wykonawców,

6. art. 8 ust. 1 i 3 w związku z art. 96 ust. 3 poprzez bezzasadną odmowę udostępnienia całości ofert złożonych przez Wykonawców: ComArch S.A. i WASKO S.A., na skutek błędnego uznania przez Zamawiającego, że zachodzą przesłanki do skutecznego utajnienia części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa

7. art. 90 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania BIW Koncept do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie ofert złożonych przez BIW Koncept, Konsorcjum Talex, ComArch S.A., z powodów, o których była mowa wyżej, odtajnienie dokumentów utajnionych przez firmę ComArch S.A. i firmę WASKO S.A. jako, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponowne badanie i ocenę ofert i wybór oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu

Odwołujący się wskazuje, iż w ofercie BIW Koncept, zaoferowano monitor, którego producenta, ani podmiotu odpowiedzialnego za serwis, ani posiadającego autoryzację na wykonywanie usług serwisowych Wykonawca nie wskazał w sposób wyraźny i który nie spełnia warunków specyfikacji technicznej wymaganej przez Zamawiającego. W związku z brakiem wskazania w ofercie producenta zaoferowanego monitora, kierując się jedynie jego opisanymi cechami, przyjęć należy, iż firma BIW Koncept zaoferowała monitor marki Lenovo. Przyjmując powyższą interpretację wskazywanej oferty, Odwołujący się stwierdza, iż brak jest w niej wskazania modelu zaoferowanego monitora, pomimo takiego obowiązku, wynikającego z siwz.

Odwołujący się podnosi, iż z powszechnie dostępnych informacji dotyczących oferowanych przez firmę Lenovo modeli monitorów, żaden z nich, tj. dostępnych na rynku, nie spełnia wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego. Odwołujący się podkreśla, że Zamawiający wymagał również, aby zaoferowany monitor posiadał certyfikat EPEAT na poziomie GOLD. Jedynym monitorem firmy Lenovo, który spełnia powyższą specyfikację jest Lenovo ThinkVision L1900. Jednakże model ten nie spełnia pozostałych wymagań określonych przez Zamawiającego, tj. w zakresie kontrastu oraz kąta widzenia. Ponadto, Wykonawca w zestawie komputerowym z procesorem czterordzeniowym zaoferował monitor firmy NTT System S.A., pomimo, iż firma ta nie posiada w swojej ofercie monitorów - nie jest producentem monitorów.

Ponadto, Odwołujący się podnosi, iż cena oferty BIW Koncept jest prawie o 1 milion zł niższa, aniżeli druga zaoferowana oferta (wartość oferty BIW Koncept wynosi

9.176.215,72; wartość oferty Konsorcjum Talex wynosi 10.637.071,98 zł), a także jest rażąco niska w stosunku do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, tj. 22.200.003,00 zł.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie skorzystał z dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i nie wezwał BIW Koncept do złożenia wyjaśnień, dotyczących zaproponowanej ceny, która jest o ponad 12 milionów tańsza od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. W związku z powyższym, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oferta podlegać powinna odrzuceniu, bowiem zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się wskazuje, iż w ofercie Konsorcjum Talex, zaoferowany monitor, którego producenta, ani podmiotu odpowiedzialnego za serwis, ani posiadającego autoryzację na wykonywanie usług serwisowych Wykonawca nie wskazał w sposób wyraźny, nie spełnia specyfikacji technicznej wymaganej przez Zamawiającego. W związku bowiem z brakiem wskazania w ofercie producenta zaoferowanego monitora wskazanych powyżej elementów, kierując się jedynym możliwym rozwiązaniem, Odwołujący się przyjął, iż Konsorcjum Talex zaoferowało monitor marki Action. Na tej podstawie Odwołujący się stwierdza, iż brak w ofercie wskazania modelu zaoferowanego monitora, pomimo takiego obowiązku, wynikającego z siwz.

Odwołujący się wskazuje, iż z powszechnie dostępnych informacji, dotyczących oferowanych przez firmę Action modeli monitorów, żaden z nich, tj. dostępnych na rynku, nie spełnia wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego. Dotyczy to również certyfikatu EPEAT na poziomie GOLD. Jedynym monitorem firmy Action, który posiada wymagany certyfikat jest Action Actina L940K-DP. Jednakże model ten nie spełnia pozostałych wymagań określonych przez Zamawiającego, tj. w zakresie jasności, kontrastu oraz czasu reakcji, a ponadto w chwili składania ofert certyfikat wymagany przez Zamawiającego (EPEAT na poziomie GOLD) był już nieaktywny.

Ponadto, Odwołujący się wskazuje, iż oferta konsorcjum Talex jest niezgodna z siwz w zakresie zaoferowanego w przedmiotowym postępowaniu skanera. Zamawiający wymagał bowiem, by w zaoferowanym skanerze prędkość skanowania, przy obrazie czarnobiałym, była równa lub większa 15 stronom skanowanym w ciągu minuty, podczas gdy w ofercie konsorcjum Talex prędkość wynosi poniżej 15 sekund. Ponadto zaoferowany skaner, zgodnie z treścią oferty nie posiada wymaganego kabla zasilającego o długości 3 metrów, wyposażonego w angielską wtyczkę.

W związku z powyższą niezgodnością Zamawiający w dniu 11 stycznia 2010 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi na to wezwanie, w dniu 14 stycznia 2010 r. Konsorcjum Talex złożyło wyjaśnienia, zgodnie z którymi w zakresie wskazanym powyżej, zaoferowany skaner jest zgodny i odpowiada siwz.

Tym samym, w ocenie Odwołującego się, Konsorcjum Talex zmieniło treść złożonej oferty, co w świetle przepisów ustawy Pzp, jest niedopuszczalne. Zamawiający nie powinien zatem zaakceptować wyjaśnień Wykonawcy.

Odwołujący się podnosi również, iż Konsorcjum Talex, nie wykazało się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. Dołączona do oferty Konsorcjum Talex informacja, potwierdzająca wykonanie dostawy 841 centrów informatyki multimedialnej, w tym dostawy sprzętu komputerowego dla Ministerstwa Edukacji Narodowej, nie świadczy, ani tym bardziej nie potwierdza, iż wskazywana dostawa wykonana została należycie. Referencja wystawiana przez MEN nie potwierdza należytego wykonania dostawy. Z jej treści wynika tylko, że konsorcjum realizowało umowę oraz wykonało usługę ich instalacji i integracji, nie ma w niej mowy o należyтым wykonaniu dostawy. Referencje te nie powinny być brane pod uwagę przez Zamawiającego. Zgodnie z powyższym brakiem spełnienia przez Konsorcjum Talex warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, zdaniem Odwołującego się, wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący się wskazuje, iż firma Comarch S.A. na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2010 r. uzupełniła brakujące w ofercie (w części oferty zastrzeżonej jako „tajemnica przedsiębiorstwa”) tłumaczenie certyfikatu ISO 9001:2000 na język polski dla firmy Fujitsu Technology Solutions, dołączając jednocześnie zastrzeżony dokument w wersji angielskiej.

Z korespondencji pomiędzy Zamawiającym a firmą ComArch S.A. Odwołujący się powziął informację, iż Zamawiający na stronie 13/25 Opisu przedmiotu zamówienia (również zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa), stanowiącego załącznik do oferty w Tabeli 4 w poz. 18 „poziom hałasu” w kolumnie „oferta”, po wyrazach „poziom emisji hałasu dla dostarczonego modelu komputera” i przed wyrazami „przekracza poziom 35 dB...”, wstawił wyraz „nie”. Według Odwołującego się, jest to niedopuszczalna zmiana treści oferty, która w sposób znaczący ją zmienia. Przed wpisaniem słowa „nie” oferta Wykonawcy była niezgodna z treścią siwz, Zamawiający wpisując jeden wyraz zmienił jej treść.

Informacja zawarta w ofercie ComArch S.A.: „przekracza poziom 35 dB...” pozwala dostrzec błąd w wyrażeniu „poziomu”. Opierając się na definicji oczywistej omyłki, Zamawiający winien poprawić ten wyraz poprzez skreślenie litery „u” - pozostające wtedy stwierdzenie „przekracza poziom 35 dB” jest zdaniem logicznym. W żaden jednak sposób, patrząc na to stwierdzenie, nie nasuwa się oczywistość braku słowa „nie” przed słowem „przekracza”. Dopisanie zatem tego słowa przez Zamawiającego w ofercie Wykonawcy zmieniło w sposób istotny treść oferty, przez co naruszone zostały przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący się wskazuje również, iż firma Comarch S.A nie wykazała się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. Dołączona do oferty informacja potwierdzająca wykonanie dostawy dla Ministerstwa Edukacji Narodowej, nie świadczy, ani

tym bardziej nie potwierdza, iż wskazywana dostawa wykonana została należycie. Referencja wystawiona przez MEN nie potwierdza należytego wykonania dostawy. Z jej treści wynika tylko, że konsorcjum realizowało umowę oraz wykonało usługę ich instalacji i integracji, nie ma w niej mowy o należywym wykonaniu dostawy. Referencje te nie powinny być brane pod uwagę przez Zamawiającego. Zgodnie z powyższym brakiem spełnienia przez firmę Comarch S.A. warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu firma Comarch S.A., utajniła część swojej oferty, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa informacje zawarte w następujących rozdziałach: „Wykaz wykonanych dostaw”, wykonywanych dla sektora publicznego oraz „Referencje”, Załącznik nr 1 do siwz oraz pozostałe dokumenty w postaci certyfikatów, zaświadczeń, dokumentów wystawionych przez producentów sprzętu i oprogramowania, dokumentów otrzymanych przez producentów sprzętu i oprogramowania, na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego.

Odwołujący się stwierdza, iż utajnienie części oferty, jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, w zakresie dotyczącym opisu technicznego przedmiotu zamówienia, w konsekwencji powoduje uniemożliwienie innym uczestnikom postępowania skutecznego zaskarżenia takiej oferty, w sytuacji i w przypadku, gdy zastrzeżone dokumenty okażą się wadliwe lub zaoferowany sprzęt jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w siwz. Takie działanie może *de facto* zmierzać do usankcjonowania iluzoryczności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem inni uczestnicy w innych postępowaniach, również będą zastrzegali części techniczne swoich ofert. Taki stan rzeczy i takie działania jednak są niezgodne z istotą istnienia i funkcjonowania instytucji zamówień publicznych w systemie prawnym, którą jest przejrzystość i efektywność wykorzystywania środków publicznych.

Odwołujący się nadmienia, iż działania Zamawiającego potwierdziły bezzasadność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załącznika do siwz „Opis przedmiotu zamówienia”. Zamawiający potwierdził zarzuty Odwołującego się, iż załącznik taki nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa i będzie jawny na podstawie art. 139 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający odtajnił go częściowo - wzywając Wykonawcę do uzupełnienia oferty, bądź też wyjaśnienia treści oferty, zapominając, iż załączniki do protokołu, a więc wszelka korespondencja, jest jawna po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, na podstawie art. 96 ust 3 ustawy Pzp. Tak samo będzie z jawnością umowy o zamówienie publiczne podpisaną z Wykonawcą.

Z wzoru umowy wynika, że oferta wybranego Wykonawcy będzie stanowić załącznik do umowy. Nie ujawnienie tak istotnej części umowy stanowiłoby naruszenie zasady jawności umów. Tajemnica przedsiębiorstwa nie ma charakteru etapowego, tzn. nie może

być tajemnicą tylko na etapie oceny ofert, a w momencie dołączenia jej do umowy stracić przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący się stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust 3 ustawy Pzp, uznając podtrzymanie zastrzeżenia przez Zamawiającego za bezskuteczne.

Informacja, która nie ma charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego przedsiębiorstwa powinna zostać odtajniona. Zamawiający ma obowiązek ujawnić te informacje, które Wykonawca bezpodstawnie objął swym bezskutecznym zakazem ich udostępniania. Tak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05. Tym samym, działanie Zamawiającego, który nie odtajnił przedmiotowych informacji jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Inni uczestnicy postępowania nie są bowiem w stanie sprawdzić, czy oferta spełnia podstawowe kryteria i czy Zamawiający prawidłowo w tym zakresie ocenił ofertę.

Drugim Wykonawcą, który zastrzegł część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa jest firma WASKO S.A. W swojej ofercie Wykonawca ten utajnił Opis przedmiotu zamówienia - dokument wypełniony zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz i niektóre kopie certyfikatów ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych oraz kopie autoryzacji producentów sprzętu. Ponadto, ComArch S.A. uzupełniając (uprzednio zastrzeżony dokument) certyfikat firmy Fujitsu potwierdziła, iż oferuje sprzęt właśnie tego producenta. Patrząc na wymagania minimalne, można domniemywać, iż tak jak firma Lumena S.A. (oferując sprzęt tego producenta) ComArch S.A. zaproponowała podobny, jeżeli nie tożsamy sprzęt - co bezwzględnie potwierdza również brak przesłanek do utajnienia tego załącznika, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej, ani ComArch S.A., ani Zamawiający nie zdjęli z certyfikatu ISO klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa”, co wskazuje na błędną interpretację przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Załączony do oferty, zgodnie z wymaganiami siwz „opis przedmiotu zamówienia”, powinien zostać sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do siwz, a opis parametrów oferowanego urządzenia, Jak przypuszcza Odwołujący się, jest opisem praktycznie identycznym z opisem wymaganych parametrów. Różnice pomiędzy tymi opisami sprowadzać się mogą tylko do wpisania parametrów konkretnego urządzenia.

Zamawiający naruszył również art. 87 ust 1 ustawy Pzp, ponieważ żądał wyjaśnień dotyczących treści oferty od producentów sprzętu, nie będących uczestnikami postępowania, nie wzywając również Wykonawców do złożenia wyjaśnień. Otóż, Zamawiający w dniu 6 stycznia 2010 r. wystosował następujące pisma: pismo nr DAB-03-290-6/2010 do firmy Lexmark International Polska Sp. z o.o. z prośbą o informacje dotyczące zakresu dopuszczalnej temperatury pracy drukarek laserowych: LEXMARK C 736DN i LEXMARK C 935DN oraz pismo nr DAB-03-290-7/2010 do firmy NTT System S.A. z prośbą o informacje,

czy model komputera NTT Business W907G występuje w obudowie typu "Tower" z zachowaniem certyfikatów: CE Energy Star 4.0, EPEAT GOLD.

Odwołujący się podkreśla, że jeżeli Zamawiający poweźmie wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty, nie może wyjaśniać ich z osobami trzecimi, nie występując jednocześnie do Wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień, ani nie informując go o tym fakcie.

Odwołujący się zwrócił uwagę, iż Zamawiający zobowiązany jest na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp podać punktację przyznaną ofertom złożonym w postępowaniu w każdym kryterium oceny ofert. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający tego nie uczynił, przez co naruszył kolejny przepis ustawy Pzp, potwierdzając jednocześnie, iż prowadzi on postępowanie w sposób nierzetelny, naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

W dniu 3 lutego 2010 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, w ten sposób, że odrzucił go w części dotyczącej zarzutów kwestionujących utajnienie ofert przez firmy ComArch S.A. oraz WASKO S.A., zaś w pozostałej części protest oddalił.

Odnosząc się do zaniechania odtajnienia części ofert firm ComArch S.A. oraz WASKO S.A. Zamawiający wskazał, iż zarzuty te podnoszone są w ramach przedmiotowego postępowania po raz drugi. Już bowiem w dniu 31 grudnia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest powołując się na te same okoliczności. Ze względu na fakt wniesienia protestu po upływie terminu protest ten został przez Zamawiającego w dniu 11 stycznia 2010 r. odrzucony, zaś Odwołujący się w przepisany terminie nie wniósł odwołania od tego rozstrzygnięcia. Zdaniem Zamawiającego, oczywistym jest, iż wniesienie powtórnie protestu na te same okoliczności nie może konwalidować braków uprzednio wniesionego protestu, który w tym zakresie podlega odrzuceniu ze względu na wniesienie go po terminie (art. 180 ust. 7 ustawy Pzp) oraz musi być dodatkowo uznany jako protest niedopuszczalny na mocy przepisu art. 181 ust. 6 ustawy Pzp.

Z analizy ofert złożonych w tym postępowaniu wynika, że na 11 ofert ceny zaoferowane mieszczą się w granicach od 9,97 mln zł do 14,83 mln zł (przy czym ostatnia oferta jest o 2,8 mln zł droższa od dziesiątej w kolejności, co oznacza że wahania w cenie zawierają się w granicach ok. 2 mln zł). W porównaniu z szacunkową wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT wartość oferty najkorzystniejszej może budzić wątpliwości, jednakże biorąc pod uwagę ceny pozostałych złożonych ofert należy dojść do wniosku, iż istnieje przede wszystkim rozbieżność pomiędzy szacunkową wartością zamówienia a cenami ofert, która w zakresie wszystkich złożonych ofert jest zasadnicza.

Zamawiający zwraca uwagę, iż dokonywał czynności oszacowania wartości zamówienia uwzględniając jedynie dostępne ogólnie informacje bez uwzględnienia potencjalnych rabatów udzielanych przez producentów sprzętu ze względu na wielkość

zamawianego asortymentu, co przy dużej ilości zamawianych urządzeń (prawie 3 tysiące urządzeń), nawet niewielka zmiana ceny jednostkowej ma zasadnicze znaczenie dla łącznej ceny oferty. W toku postępowania, Zamawiający dokonał również modyfikacji siwz, dopuszczając rozwiązania, których nie brano pod uwagę przy oszacowaniu, a których cena w znaczący sposób wpłynęła na wartość ofert Wykonawców. Te względy wpłynęły na fakt, że odniesienie cen zaoferowanych w postępowaniu w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT nie może być w pełni miarodajne. Gdyby bowiem przyjąć tę wartość, Zamawiający zobowiązany byłby do żądania wyjaśnień w zasadzie od wszystkich 11 uczestników postępowania. Ponadto, rozbieżności pomiędzy cenami ofert nie są znaczące (różnica w cenie pomiędzy dwiema pierwszymi ofertami wynosi ok. 6,2%). Mając na względzie wszystkie te okoliczności Zamawiający uznał, iż biorąc pod uwagę ceny ofert złożonych w postępowaniu, różnice pomiędzy nimi nie są na tyle duże, aby wskazywały na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę, w związku z czym przyjął, że nie ma podstaw do występowania do któregośkolwiek z Wykonawców o składanie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a tym bardziej nie ma podstaw do odrzucenia którejkolwiek z ofert z tego tytułu.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego się, dotyczącego konieczności przedstawienia modelu zaoferowanego monitora, Zamawiający stwierdza, że w siwz nie nałożył obowiązku przedstawienia producenta w odniesieniu do monitora, a jedynie spełnienia określonych technicznych parametrów minimalnych. Przypuszczenia Odwołującego się, co do modelu monitora zaoferowanego przez zwycięską firmę mają charakter przewidywań. Zgodnie z wymaganiami siwz, Zamawiający nie narzuca w żaden sposób, aby producentem monitora był producent komputera (modyfikacja siwz na podstawie zadanych pytań Wykonawców). Z wymagań Zamawiającego wynika oczekiwanie, że oba wymienione elementy (komputer i monitor) będą serwisowane przez jeden podmiot, którym oprócz producenta, może być podmiot posiadający wymagane autoryzacje producentów. Tym niemniej, Zamawiający zauważa, iż przedstawione w treści protestu założenia odnośnie dostępnych modeli monitorów marki Lenovo odnoszą się wyłącznie do wiedzy Odwołującego się na temat asortymentu oferowanego przez tego producenta. Jak wynika z treści informacji przekazanej przez firmę BIW Koncept, producent monitora na potrzeby tego postępowania przygotował dedykowany model monitora, spełniający wszystkie wymagania siwz, co zostało potwierdzone oświadczeniem producenta. W tych warunkach, mając również na uwadze deklarację Wykonawcy, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia jego oferty z niniejszego postępowania. Powyższe wyjaśnienia aktualne są również w stosunku do zarzutu odnoszącego się do monitora w zestawie z procesorem 4 - rdzeniowym.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego się o konieczności przedstawiania modelu zaoferowanego monitora, Zamawiający stwierdza (podobnie jak w stosunku do oferty firmy BIW Koncept), że w siwz nie wymagał, w odniesieniu do tego elementu, przedstawiania informacji producenta sprzętu, a jedynie spełnienia określonych parametrów minimalnych. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaoferowanego monitora Zamawiający stoi na stanowisku, że zarzut Odwołującego się jest niezasadny, gdyż opiera się na przypuszczeniu (w ocenie Odwołującego się przedstawionego jako jedyne możliwe rozwiązanie), że monitor oferowany przez Konsorcjum Talex to model ACTION ACTINA L940K-DP i parametry tego modelu Odwołujący się zestawia z wymaganiami siwz. Zgodnie z treścią wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum Talex model, który będzie dostarczony to ACER 193 DKbmd dla zestawu w tabeli nr 2 i ACER V193 DKmd dla zestawu nr 3. Konsorcjum Talex przedstawiło autoryzacje producentów zarówno komputera, jak i monitora, uprawniające do serwisowania ich produktów, co w rozumieniu zapisów siwz, wypełnia wymagania w tym przedmiocie.

W zakresie zarzutów protestu, dotyczących parametrów skanera (prędkość drukowania oraz rodzaj wtyczki), w ocenie Zamawiającego, brak było podstaw do odrzucenia oferty z tego tytułu. Błąd dotyczący wpisania zamiast liczby stron na minutę parametru 15 sek. Zamawiający mógł od razu uznać za oczywistą omyłkę pisarską, tym niemniej przyjmując, że można mieć wątpliwość, co do rzeczywistej intencji Wykonawcy, Zamawiający zwrócił się do niego z prośbą o wyjaśnienia. Otrzymana odpowiedź nie pozostawiała wątpliwości, co do spełnienia przez ofertę warunków opisanych w siwz. W ocenie Zamawiającego, zapis oferty mógłby zostać zakwalifikowany co najwyżej jako oczywista omyłka pisarska, a nie jak chce Odwołujący się, niedopuszczalna zmiana treści oferty.

Co do kwestii wtyczki angielskiej, to treść złożonej oferty nie wskazywała jednoznacznie na spełnienie postawionego wymagania, jednocześnie jednak zapis nie był sprzeczny z treścią siwz. Mając powyższe na względzie, Zamawiający zobowiązany był do żądania wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości potwierdziły spełnienie wymagań postawionych przez Zamawiającego.

W kwestii referencji Zamawiający przyznaje, że dokument oznaczony jako „Informacja” nie zawiera w swojej treści wprost informacji, że dostawa została wykonana należycie. Brak jest jednak jednoznacznych podstaw do zakwestionowania prawidłowości tego dokumentu, z którego wynika, że umowy zostały zrealizowane. Oczywistym jest, że informacje tego typu są wystawiane przez Zamawiających tylko w przypadku prawidłowej realizacji kontraktu. Gdyby było inaczej, dokument taki zawierałby informacje na temat ewentualnych nieprawidłowości. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, iż Konsorcjum Talex nie jest jedynym, przedkładającym dokumenty z Ministerstwa Edukacji Narodowej. Ten sam zarzut dotyczy firmy ComArch S.A., która również przedłożyła taki dokument, dotyczący

innego zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, potwierdza to jedynie tezę o tym, że wskazana „Informacja” jest swego rodzaju szablonem referencyjnym używanym w MEN. Natomiast fakt nie zamieszczenia w niej informacji o należyтым wykonaniu zamówienia nie może tego dokumentu dyskwalifikować, jako dokumentu potwierdzającego prawidłową realizację zamówienia.

Zarzuty protestu dotyczące nieprawidłowości oferty złożonej przez ComArch S.A., również w ocenie Zamawiającego, nie znalazły uznania. Jak wynika z przywołanych w treści protestu definicji pojęcia „oczywista omyłka pisarska”, błąd tego typu może polegać również na niezamierzonym pominięciu wyrazu. Zdaniem Zamawiającego, oczywistym jest, że intencją Wykonawcy ubiegającego się o to zamówienie było potwierdzenie spełnienia postawionego warunku, co wynika z formy zdania, które w pełnej wersji winno brzmieć „nie przekracza poziomu 35 dB”. Z informacji posiadanych przez Zamawiającego wynika dodatkowo, że oferowane przez Wykonawcę komputery spełniają kwestionowany parametr, a zatem przyjęcie, że wolą Wykonawcy było podanie nieprawdziwej informacji, dyskwalifikującej jego ofertę wydaje się być absurdalne. Dodatkowo podniesiony zarzut, odnoszący się do nieprawidłowej treści dokumentu, potwierdzającego należyte wykonanie dostawy na rzecz Ministerstwa Edukacji Narodowej również nie zasługuje na uwzględnienie, z powodów, o których była mowa wyżej. Zważywszy dodatkowo na to, że ewentualny brak w powyższym zakresie wiązać musiałby się z koniecznością wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów zauważyć należy, że Odwołujący się w powyższym zakresie nie sformułował żadnego wniosku, co oznacza, iż wniosek o odrzucenie oferty z tego tytułu nie jest możliwy do uwzględnienia.

Zamawiający podał ponadto, że żądanie wyjaśnień od producentów sprzętu, a nie od Wykonawców łączy się w szczególności z tym, że treść ofert Wykonawców oferujących sprzęt konkretnych producentów była oczywista. Tym niemniej, weryfikując w tym zakresie prawdziwość złożonych oświadczeń, co do prawidłowości poszczególnych parametrów, Zamawiający na stronie producenta uzyskał informacje wskazujące na niespełnienie warunków określonych w siwz w zakresie niektórych parametrów sprzętu (np. praca w określonej temperaturze). Jednoznaczne oświadczenia Wykonawców co do spełnienia postawionych warunków, w ocenie Zamawiającego, wskazywały na konieczność powzięcia informacji wprost od producenta sprzętu (potwierdzenie prawidłowości własnego oświadczenia przez Wykonawcę w kontekście informacji ze strony internetowej producenta nie dawało Zamawiającemu pewności odnośnie spełnienia warunku określonego w siwz). Dopiero informacja od producenta sprzętu, mogła dać Zamawiającemu pewność, co do zgodności oświadczeń zawartych w ofercie z rzeczywistością. Mając dodatkowo na uwadze, iż kwestionowany parametr dotyczył więcej niż jednej oferty (kilku Wykonawców zaoferowało ten sam rodzaj drukarki), wystąpienie bezpośrednio do producenta o potwierdzenie

spełnienia spornych parametrów pozwalało skrócić czas otrzymania tego potwierdzenia, a zważywszy na brak możliwości nałożenia na Wykonawcę obowiązku pozyskania takiego potwierdzenia od producenta był to jedyny sposób na weryfikację prawidłowości treści złożonych ofert.

Co do zarzutu dotyczącego nie wskazania w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty ilości punktów otrzymanych przez każdego z Wykonawców w każdym ocenianym kryterium oceny ofert, Zamawiający wyjaśnia, iż w dniu 14 października 2009 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ oraz ogłoszenia, poprzez rezygnację z jednego z kryteriów oceny ofert - terminu realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z tym, jedynym kryterium oceny ofert pozostała cena oferty. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż dokona wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty zawierającą najniższą cenę. Mając powyższe na względzie, oczywistym jest, że klasyfikacja ofert dokonywana była jedynie na podstawie porównania cen złożonych ofert, które nie podlegały odrzuceniu.

W dniu 12 lutego 2010 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty (z wyjątkiem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) i żądania zgłoszone w proteście, a ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nienależyte oszacowanie wartości zamówienia.

Zdaniem Odwołującego się, uzasadnienie oddalenia protestu świadczy jednoznacznie o niezgodności zaoferowanego monitora z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w siwz. Skoro bowiem, wyjaśnienia Wykonawcy, jak wskazuje Zamawiający, pozostają aktualne do monitora w zestawie 4-rdzeniowym, a producent wskazuje na inne parametry niż wymagane w powołanym zestawie, niezgodność oferty z treścią siwz nie budzi wątpliwości.

Zaoferowany model Lenovo L1900p, specjalnie dedykowany do przedmiotowego postępowania przez producenta, tj. spełniający ściśle określone wymagania Zamawiającego, nie posiada wymaganego certyfikatu, a na stronie internetowej EPEAT nie występuje.

Ponadto Odwołujący wskazuje, iż z wyjaśnień Zamawiającego, dotyczących kwestii zarzutu rażąco niskiej ceny wynika, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył również art. 32 ust 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 32 ust 1 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest oszacować wartość zamówienia z należytą starannością.

Co do oferty Konsorcjum Talex i jej niezgodności w zakresie skanera, Odwołujący się nie zgadza się z interpretacją Zamawiającego, która mogłaby w konsekwencji doprowadzić do usankcjonowania możliwości poprawienia w ofercie rażących błędów i niedokładności, które stanowią znaczącą zmianę w treści oferty, niedopuszczalną na podstawie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, jako „oczywista omyłka pisarska”.

Według Odwołującego się, Zamawiający błędnie interpretuje § 1 ust 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: rozporządzenie), domniemując, nie mając jakiegokolwiek potwierdzenia, iż „Informacja” - dokument, wystawiony przez MEN jest swego rodzaju szablonem referencyjnym. Zamawiający w tej sprawie, ani nie poprosił o wyjaśnienia Wykonawcy, ani nie sprawdził autentyczności tych referencji, zatem nie ma wiedzy, czy rzeczywiście potwierdzają należyte wykonanie. Rozporządzenie wyraźnie stanowi, iż dokument ma potwierdzać należyte wykonanie. Potwierdzenie, iż umowa była realizowana, nie znaczy, iż Wykonawca wykonał ją należyście.

Odwołujący się wyjaśnia, iż ponowne podniesienie zarzutu bezzasadnego utajnienia części oferty przez dwóch Wykonawców, spowodowane jest wystąpieniem nowych, nieznanych uprzednio okoliczności, które jednoznacznie potwierdzają, iż zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa załącznika do siwz „Opis przedmiotu zamówienia” jest nieuzasadnione i nie wyczerpuje przesłanek i podstaw takiego zastrzeżenia. Zamawiający odtajnił bowiem częściowo ofertę Wykonawcy - wzywając firmę ComArch S.A. (pismo z dnia 11 stycznia 2010 r.) do uzupełnienia oferty bądź też wyjaśnienia treści oferty, zapominając iż załączniki do protokołu, a więc wszelka korespondencja, jest jawna po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, na podstawie art. 96 ust 3 ustawy Pzp. Tak samo będzie z jawnością umowy o zamówienie publiczne podpisaną z Wykonawcą.

W dokumentacji Zamawiającego, dotyczącej przedmiotowego postępowania, nigdzie nie ma mowy o terminie, w którym Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o utajnieniu załącznika jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie działanie, mając na uwadze poprzedni protest Odwołującego się, narusza znacząco interes Odwołującego się, bowiem Zamawiający twierdzi, że podtrzymał utajnienie części ofert dwóch Wykonawców, a w rezultacie nie potwierdził tego żadnym dokumentem czy notatką. Nie wiadomo zatem, kiedy Zamawiający dokonał tej czynności i czy rzeczywiście jej dokonał, biorąc pod uwagę pisemność postępowania - czynność ta winna zostać potwierdzona na piśmie. Poprzedni zaś protest Odwołującego się, Zamawiający odrzucił twierząc, że został wniesiony po terminie, informując ponadto, iż podtrzymał decyzję o utajnieniu.

W zaistniałej sytuacji, po ujawnieniu wszystkich załączników do protokołu, jasne jest, iż w rezultacie Zamawiający nie podjął, w formie pisemnej, żadnej decyzji w tej sprawie, a poinformowanie Odwołującego się, że tego dokonał, nie określając daty, jest bezskuteczne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez BIW Koncept stwierdzić należy, iż faktem jest, że

Zamawiający wymagał certyfikatu EPEAT GOLD dla oferowanego sprzętu. Bezspornym jest, iż certyfikat taki posiada oferowany przez BIW Koncept monitor Lenovo L1900p. Jednakże, zdaniem Odwołującego się, skoro wskazany monitor został przygotowany na potrzeby niniejszego postępowania w taki sposób, że zmieniono w pewnym zakresie jego parametry, to oznacza to, iż przedmiotowy certyfikat nie obejmuje zaoferowanego monitora, bowiem różni się on w istocie od tego, na który wydano certyfikat.

W tych okolicznościach, w opinii Krajowej Izby Odwoławczej, zarzut braku posiadania przez BIW Koncept na oferowany monitor przedmiotowego certyfikatu, nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący się nie wskazał bowiem żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Nie ulega zaś wątpliwości, iż na podstawie art. 14 w zw. z art. 6 k.c. to na Odwołującym się spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodzi skutki prawne. Nie ma żadnych podstaw, aby uznać, iż jakkolwiek zmiana parametru danego modelu monitora powoduje, iż certyfikat traci ważność. Odwołujący się nawet nie wskazał, co jest przedmiotem procesu certyfikacji i spełnienie jakich norm (kryteriów) powoduje, że dany produkt uzyskuje certyfikat EPEAT GOLD. Jeśli przyjąć za Zamawiającym, iż certyfikat ten potwierdza spełnienie najbardziej surowych kryteriów w zakresie dbałości o środowisko, to Odwołujący się powinien wykazać, czy zmiana parametru wywoła jakąkolwiek zmianę w obszarze, który podlega ocenie w procesie certyfikacji. Odwołujący się nie wskazując nawet co stanowi przedmiot oceny, nie wykazał również zależności między zmianą parametru monitora a oceną środowiskową. Nie ma zatem żadnego dowodu na to, iż zmiana ta wpływa na spełnienie kryteriów wymaganych przez organizację EPEAT, a tym samym spowoduje konieczność powtórzenia procesu certyfikacji w celu potwierdzenia albo uzyskania certyfikatu EPEAT na poziomie GOLD.

Co do zarzutu dotyczącego zestawu komputerowego z procesorem czterordzeniowym stwierdzić należy, iż w proteście zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący się sformułował w oparciu o okoliczność, że BIW Koncept „zaoferował monitor firmy NTT System S.A. pomimo, iż firma ta nie posiada w swojej ofercie monitorów – nie jest producentem monitorów.” Zaś, w odwołaniu Odwołujący się podnosi zarzut zaoferowania monitora o parametrach innych niż wymagane, w szczególności odnosząc je do rozmiarów monitora. W tym miejscu zauważyć należy, iż przedmiotowa okoliczność nie mieści się w ramach zarzutów sformułowanych w proteście. Tymczasem, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, przedmiotem rozstrzygnięcia mogą być jedynie zarzuty zawarte w proteście. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż zarzut stanowi substrat okoliczności faktycznych i prawnych, co oznacza, że dla oceny jego tożsamości, biorąc pod uwagę treść protestu i odwołania, nie wystarcza jednolite określenie podstawy prawnej.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż oświadczenie producenta Lenovo Technology B.V. Sp. z o.o. z dnia 3 grudnia 2009 r. dotyczy monitorów 19" i posiadanych

przez nie parametrów. W żadnym razie zaś nie można uznać, iż przedmiotowe oświadczenie wpływa kształtująco na oświadczenie BIW Koncept z dnia 3 lutego 2010 r., a tym bardziej na treść oświadczenia zawartego w ofercie. Nie można bowiem pomijać okoliczności, iż w swojej ofercie BIW Koncept zaoferował monitor 22" w odniesieniu do zestawu komputerowego z procesorem czterordzeniowym, a dodatkowo we wskazanym piśmie wskazał na okoliczność, iż model L1900p oferowany jest w wersji specjalnie przygotowanej na potrzeby niniejszego postępowania przez producenta, firmę Lenovo, co pozwala na spełnienie wszystkich wymagań postawionych w siwz. Zatem, należy uznać, iż oświadczenie producenta dotyczy jedynie zestawów komputerowych z procesorem dwurdzeniowym. Przyjęcie takiego stanowiska jest tym bardziej uzasadnione, że zarzuty protestu dotyczyły braku spełniania wymagań Zamawiającego przez monitor marki Lenovo i nie dotyczyły zestawu komputerowego z procesorem czterordzeniowym.

W zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum Talex stwierdzić należy, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego się, z siwz nie wynikał obowiązek wskazania producenta, modelu, podmiotu odpowiedzialnego za serwis, czy też posiadającego autoryzację na wykonywanie usług serwisowych w odniesieniu do monitora. Analiza tabeli 2-4 załącznika nr 1 do siwz pozwala na stwierdzenie, iż obowiązek podania producenta i modelu odnosił się do zestawu komputerowego. Na powyższe wskazuje układ poszczególnych tabeli. Gdyby przyjąć za uzasadnione twierdzenia Odwołującego się, biorąc pod uwagę strukturę tabeli, należałoby stwierdzić, iż wykonawcy mieli obowiązek podania jedynie nazwy producenta, typu produktu i modelu wymienionych przez Zamawiającego elementów zestawów komputerowych. Tymczasem taki obowiązek nie wynika ani z siwz, ani tym bardziej z zastosowanej formuły tabel. Otóż, w kolumnie „oferta” należało scharakteryzować parametry elementów komputera wymienionych w poszczególnych wierszach tabeli. Skoro w wierszach, dotyczących wymienionych elementów komputera, brak informacji na temat obowiązku wskazania producenta i modelu, to nie sposób takiego obowiązku wywodzić z innej części tabeli. Powyższy zabieg pozostawałby bowiem w sprzeczności z ogólnie przyjętą metodyką odczytywania informacji ujętych w formie tabeli.

Odwołujący się nie wykazał również, na jakiej podstawie należy przyjąć, iż producentem oferowanego przez Konsorcjum Talex monitora jest firma Action S.A. Tym bardziej zaś nie wykazał, iż żaden z dostępnych modeli monitorów tej firmy nie spełnia wymagań Zamawiającego. Nie wiadomo nawet, których to wymogów Zamawiającego nie spełnia oferowany monitor. Skoro Odwołujący się nie wykazał, iż oferowany jest monitor firmy Action S.A., to tym bardziej nie sposób przyjąć, że oferowany jest konkretny model tej firmy, co w konsekwencji powoduje, iż dalej idące twierdzenia Odwołującego się, dotyczące braku certyfikatu EPEAT GOLD na rzeczony monitor nie znajdują oparcia. Zatem, wobec nie

udowodnienia powoływanych okoliczności, bark podstaw do uznania twierdzeń Odwołującego się.

W odniesieniu do zarzutu zaoferowania przez Konsorcjum Talex skanera niezgodnego z siwz, w zakresie prędkości skanowania i braku posiadania kabla zasilającego o długości 3 m, wyposażonego w angielską wtyczkę, stwierdzić należy, iż faktem jest, że w ofercie Wykonawcy w tabeli 7 w poz. 11, odnoszącej się do prędkości skanowania, w kolumnie „oferta” znajduje się zapis poniżej 15 sekund. Zaś, co do zasilania (tabela 7, poz. 18) brak jednoznacznej informacji, w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, na temat zaoferowanego kabla zasilającego. W związku z powyższym, pismem z dnia 11 stycznia 2010 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie. W odpowiedzi (pismo z dnia 12 stycznia 2010 r.) Wykonawca złożył oświadczenie, dotyczące skanera Hewlett Packard Scanjet N6310, iż „liczba stron skanowanych w czasie jednej minuty wynosi piętnaście” (pkt 2), a „wraz ze skanerem dostarczony będzie kabel zasilający o długości trzech metrów z angielską wtyczką” (pkt 3).

W tych okolicznościach powstaje pytanie, czy Konsorcjum Talex złożyło wyjaśnienia, które doprowadziły do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Otóż, odpowiedzi twierdzącej należałoby udzielić w sytuacji, w której Odwołujący się wykazałby, że skaner o parametrach wskazanych w ofercie, przy uwzględnieniu zmiany co do prędkości skanowania, jest w istocie innym urządzeniem niż to, które zaferowało Konsorcjum Talex w ofercie. Wtedy bowiem należałoby stwierdzić, iż złożone wyjaśnienie powoduje tak istotną zmianę oświadczenia zawartego w ofercie, że nie można mówić o zachowaniu tożsamości przedmiotu zamówienia zaferowanego w ofercie. Taka zmiana nie byłaby dopuszczalna, bowiem instytucja składania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie może prowadzić do obejścia prawa, a w tym konkretnym przypadku do obejścia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oznacza to, że nie jest dopuszczalne udzielenie wyjaśnień, które w konsekwencji prowadziłyby do zmiany treści oferty w takim zakresie, że nie mieściłby się w kategorii omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Jednakże Odwołujący się tej okoliczności nie wykazał, zatem należy przyjąć, iż wskazany w ofercie przez Konsorcjum Talex skaner, biorąc pod jego uwagę charakterystykę zawartą w ofercie, pozwala na skanowanie co najmniej 15 stron/min., co oznacza, iż zapis „poniżej 15 stron” stanowi jedynie omyłkę, której wyjaśnienie nie prowadzi do zaferowania innego sprzętu.

W zakresie zarzutu, dotyczącego kabla zasilającego stwierdzić należy, iż brak zaferowania wraz ze skanerem wymaganego kabla nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Odwołujący się zdaje się zapominać, iż odrzucenie oferty z powodu wskazanej niezgodności jest możliwe jedynie po stwierdzeniu, że niezgodności tej nie sposób usunąć w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym z powyższą sytuacją nie mamy do czynienia. Nie bez znaczenia pozostaje fakt,

że kabel zasilający dotyczy jednego z urządzeń, będących przedmiotem zamówienia, zatem uzupełnienie oferty w tym zakresie spowoduje niewielką korektę pierwotnie złożonego oświadczenia i nie doprowadzi do zmian, co do istoty, w przedmiocie zamówienia.

W tych okolicznościach, zdaniem Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowany z powodu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Talex nie znalazł potwierdzenia. Bez wpływu na powyższe pozostaje stwierdzenie, iż wzywianie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w analizowanym stanie faktycznym wykraczało poza hipotezę normy zawartej we wskazanym przepisie, jak bowiem wskazano wyżej, odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z treścią siwz jest możliwe po ustaleniu, iż nie zachodzą przesłanki do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, a nie jak twierdzi Odwołujący się, jedynie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Tymczasem w analizowanym przypadku okoliczności takiej nie stwierdzono.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż nie zachodzą również podstawy do odrzucenia oferty ComArch S.A., na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Bezsporne w niniejszej sprawie jest, iż w załączniku nr 1 do siwz, dołączonym do oferty, w tabeli 4, w poz. 18 określono poziom emisji hałasu dla dostarczanego komputera w ten sposób, iż „przekracza poziom 35 dB”, zaś zgodnie z wymogiem siwz poziom ten nie powinien przekraczać wskazanej wartości. W tych okolicznościach, Zamawiający pismem z dnia 11 stycznia 2010 r. poinformował Wykonawcę, iż na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprawił złożone oświadczenie przez dodanie słowa „nie” przed zwrotem „przekracza poziom 35 dB”, uznając, iż w niniejszym zakresie mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską.

W tych okolicznościach nie sposób zgodzić się z Odwołującym się, iż poprawy należało dokonać w taki sposób, żeby uzyskać zdanie logiczne, a więc przez wykreślenie litery „u” ze słowa poziomu (w ten sposób uzyskamy zwrot „przekracza poziom 35 dB”). Zwrócić bowiem należy uwagę, iż poprawienia omyłki należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności faktycznych towarzyszących złożeniu konkretnego oświadczenia woli, co oznacza, iż poprawienia omyłki należy dokonać z uwzględnieniem intencji wykonawcy, które w ramach postępowania o udzielenie zamówienia nie budzą wątpliwości. Oczywistym jest bowiem, iż każdy z wykonawców dąży do złożenia oferty zgodnej z postanowieniami siwz, a więc nie podlegającej odrzuceniu. Odnosząc to do analizowanego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż wola Wykonawcy, co do złożenia oświadczenia, iż określony model komputera nie przekracza poziomu 35 dB w zakresie emisji hałasu znajduje uzasadnienie w postanowieniach siwz, dodatkowo użyte sformułowanie „przekracza poziom 35 dB” również potwierdza intencję Wykonawcy. Stąd, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za chybiony. Zarzut ten mógłby się ostać jedynie w okolicznościach, w których Odwołujący się wykazałby, iż wskazany w ofercie ComArch S.A. model komputera

nie gwarantuje poziomu emisji hałasu poniżej wielkości wskazanej przez Zamawiającego. W takiej sytuacji uznać należałoby bowiem, iż nie mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską, ale z omyłką, której poprawienie doprowadziłoby do istotnej zmiany w treści oferty (doszłoby bowiem do zmiany przedmiotu świadczenia, a więc do zmiany modelu zaoferowanego komputera), która z mocy przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie podlega sanowaniu, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednakże przedmiotowej okoliczności Odwołujący się nie wykazał.

W przedmiocie braku wymaganego doświadczenia przez Konsorcjum Talex, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego się, z następujących przyczyn. Po pierwsze, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego się, iż Zamawiający niewłaściwie interpretuje § 1 ust. 2 pkt 2 powoływanego rozporządzenia w kontekście oceny należytego wykonania zamówienia. Zamawiający ma bowiem obowiązek ocenić dokument dostarczony w celu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia, jednakże nie oznacza to, iż dokument ten musi być zatytułowany „referencje”, a w jego treści musi znajdować się sformułowanie „należyte wykonanie zamówienia.” Po drugie, dokonujący oceny zobowiązany jest uwzględniać okoliczność, iż wykonawca nie ma wpływu, ani na formę, ani na treść dokumentu sporządzanego przez zamawiającego, na okoliczność potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Praktyka zamawiających w tym względzie jest różna i nie może prowadzić do obciążenia wykonawcy negatywnymi konsekwencjami takiego stanu rzeczy. Skoro w referencji dołączonej do oferty Konsorcjum Talex jest mowa o wykonaniu usługi, to dokonując wykładni gramatycznej takiego stwierdzenia należy dojść do wniosku, iż Wykonawca zrealizował ciężące na nim zobowiązanie. Biorąc przy tym pod uwagę okoliczność, iż wystawca takiego dokumentu zdaje sobie sprawę, w jakim celu jest wydawany i potwierdzeniu jakich okoliczności będzie służył, wobec braku wyraźnego wskazania w treści referencji na określone uchybienia w realizacji zamówienia, nie sposób przyjąć, że przedstawione przez Konsorcjum Talex kwestionowane referencje nie są wystarczające dla potwierdzenia należytego wykonania zamówienia realizowanego na rzecz Ministerstwa Edukacji Narodowej. Z tych powodów zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

W analogiczny sposób, z powodów o których była mowa wyżej, należy ocenić przedmiotowy zarzut sformułowany wobec wykonawcy ComArch S.A., na kanwie dokumentu wystawionego przez Ministerstwo Edukacji Narodowej. W tym miejscu dodać jedynie należy, iż bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje okoliczność, iż ten sam zamawiający jednym razem wystawia dokument zatytułowany referencje, w którego treści znajduje się informacja o należyтым wykonaniu zamówienia, zaś innym razem dokument zatytułowany „Informacja.” Zwrócić bowiem należy uwagę, iż oba dokumenty zostały wystawione w różnym czasie (w

roku 2007 i 2009) i przez inną osobę, co może wskazywać na zmianę praktyki zamawiającego w tym zakresie. Ponadto, nie bez znaczenia jest fakt, iż w Informacji tej został podany czas realizacji zamówienia i jego zakres, nie czyniąc zastrzeżenia, iż ewentualnie zachodziły w tym zakresie jakieś odstępstwa względem treści umowy. Dodatkowo, podane informacje powodują, że zamówienie można w sposób łatwy zidentyfikować i choćby na podstawie informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, wykazać rozbieżności między terminem i zakresem zamówienia wynikającym z ogłoszeń, a tym, który został ujawniony w treści referencji. Nie mówiąc już o tym, że Odwołujący się mógł uzyskać dostęp do tego rodzaju danych, stanowiących informację publiczną. Zaniechanie w tym zakresie jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej, na mocy przepisu art. 6 k.c., obciąża Odwołującego się. Okoliczność, iż przedmiotowa Informacja została uznana za niewystarczającą w celu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia przez innego zamawiającego w innym postępowaniu nie może mieć żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, bowiem ocena dokonana przez jednego zamawiającego nie jest wiążąca dla innego zamawiającego, a tym bardziej dla Izby.

W przedmiocie zarzutu rażąco niskiej ceny, którą rzekomo zawiera oferta BIW Koncept, stwierdzić należy, iż za utrwalony w orzecznictwie należy uznać pogląd, zgodnie z którym, za rażąco niską cenę uznaje się cenę nierealną, która w warunkach rynkowych, uwzględniając warunki realizacji danego zamówienia, nie daje możliwości wykonania tego zamówienia. Punktem wyjścia dla dokonania oceny w tym przedmiocie jest wynik porównania wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT z ceną oferty, jak również porównanie cen złożonych ofert. Wynikające z tych porównań rozbieżności muszą być na tyle istotne, że zachodzi podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny, a te z kolei mogą stanowić podstawę do wdrożenia procedury wyjaśnień, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie orzecznictwo prezentuje pogląd, iż dysproporcje występujące w cenach jednostkowych poszczególnych ofert nie stanowią podstawy do wszczęcia wskazanej procedury wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W okolicznościach niniejszej sprawy, Odwołujący się formułując zarzut rażąco niskiej ceny, oparł się na porównaniu ceny oferty najkorzystniejszej z wartością szacunkową powiększoną o VAT oraz dokonał porównania cen złożonych ofert. Jednakże, w ocenie Izby wnioski, będące wynikiem analizy wyżej wskazanych danych obarczone są błędem. W ocenie Izby, wskazywane przez Odwołującego się różnice w cenach ofert, nie są w istocie duże. Oferta najkorzystniejsza jest tańsza od drugiej w kolejności o ok. 660 tys. zł (Odwołujący się mówi o różnicy „prawie 1 mln zł”, co wydaje się nie oddawać w sposób właściwy rzeczywistej wartości różnicy), zaś różnica w cenie pomiędzy ofertą najkorzystniejszą a najdroższą wynosi ok. 2 mln zł. W tych okolicznościach na uwagę

zasługuje fakt, iż różnica pomiędzy ceną oferty najkorzystniejszej a następną w kolejności kształtuje się na poziomie poniżej ok. 6 %, zaś w odniesieniu do oferty najdroższej wynosi ok. 20%, przy uwzględnieniu okoliczności, iż w ramach niniejszego zamówienia zostało złożonych 11 ofert. W opinii Izby wskazane dysproporcje między cenami ofert mieszczą się w zakresie strategii budowania ceny oferty, z uwzględnieniem warunków gospodarczych każdego z wykonawców. Oczywistym jest bowiem, iż przedmiotowe różnice mogą wynikać z zastosowania różnych stawek marży na dostawę oraz z faktu, że przedmiotem zamówienia są również usługi (montaż i uruchomienie), których wycena opiera się na innych substratach niż wycena dostawy, a to z kolei daje większą „swobodę” w kształtowaniu ceny (wykonawca nie musi bowiem uwzględniać ceny dostawy urządzeń, na którą nie ma wpływu, a głównym składnikiem cenotwórczym w tym wypadku jest wartość pracy).

Co się zaś tyczy porównania ceny oferty najkorzystniejszej z wartością szacunkową zamówienia, to w istocie stwierdzić należy, iż różnica jest znaczna (odpowiednio ok. 10 mln do ponad 22 mln), jednakże wniosek ten dotyczy również porównania cen pozostałych ofert na tle wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT. W opinii Izby, za uzasadnione należy uznać twierdzenia Zamawiającego, iż różnica ta wynika z tej przyczyny, że Zamawiający nie miał możliwości uwzględnienia efektu skali, który z pewnością dotyczy tego zamówienia. Zamawiający nie ma bowiem wiedzy, w jaki sposób wielkość zamówienia wpływa na cenę oferty, a ponadto w szacunku, z oczywistych powodów, nie uwzględniono takiej okoliczności, jak zmiana siwz w zakresie przedmiotu zamówienia, która nie pozostaje bez wpływu na określenie wartości szacunkowej zamówienia. Wobec powyższego argumentacja Odwołującego się nie może spotkać się z przyjęciem, nie daje bowiem podstaw do powzięcia wątpliwości w przedmiocie realności zaoferowanej, co oznacza iż brak podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro, nieuzasadnione jest zastosowanie procedury wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, to tym bardziej nie ma podstaw do stwierdzenia rażąco niskiej ceny i tym samym do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 32 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie podjęła rozstrzygnięcia z uwagi na treść przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazany zarzut jakkolwiek podniesiony w odwołaniu nie był bowiem zawarty w proteście.

Bezspornym w niniejszej sprawie jest, że Zamawiający pismami z dnia 6 stycznia 2010 r. wystąpił do NTT System S.A. i Lexmark International Polska Sp. z o.o. z wnioskiem o udzielenie informacji, „czy model komputera NTT Business W 907G występuje w obudowie typu „Tower” z zachowaniem certyfikatów: CE, Energy Star 4.0, EPEAT GOLD” oraz w zakresie dopuszczalnej temperatury pracy drukarek laserowych LEXMAR C736DN oraz LEXMAR C935DN. Jak wynika z rozstrzygnięcia protestu, powyższe działanie wynikało z faktu, że jakkolwiek oferty wykonawców oferujących sprzęt konkretnych producentów nie

budziły wątpliwości, w swej treści były bowiem jednoznaczne i potwierdzały spełnianie wymagań Zamawiającego, to analiza informacji znajdujących się na stronie producenta, a dotyczących przedmiotowego zakresu wskazywała na niespełnienie wymogów określonych względem niektórych parametrów sprzętu. W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje uprawnienie do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści składanych ofert. Zatem, należy uznać, że jeżeli zamawiający decyduje się skorzystać z instytucji wyjaśnień, to nie może tego czynić bez udziału wykonawcy, który złożył oświadczenie woli w postaci oferty. Przepis ten ma na celu zapobieżenie sytuacjom, w których interpretacji treści oświadczeń woli wykonawców będzie dokonywał podmiot do tego nieuprawniony. W okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający miał prawo do zweryfikowania oświadczeń złożonych przez Wykonawców w wybranej przez siebie formie, jednakże nie powinien tego czynić z pominięciem wykonawcy. W związku z powyższym zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony, jednakże biorąc pod uwagę przepis art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, stwierdzenie przedmiotowego naruszenia nie miało wpływu na wynik postępowania i tym samym nie ma wpływu na dokonane rozstrzygnięcie.

Co do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, Izba nie podjęła rozstrzygnięcia, mając na względzie art. 181 ust. 6 ustawy Pzp. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż Odwołujący się pismem z dnia 17 grudnia 2009 r. skierował do Zamawiającego wniosek o odtajnienie części oferty złożonej przez WASKO S.A. i ComArch S.A. W odpowiedzi Zamawiający (pismo z dnia 22 grudnia 2009 r.) poinformował, iż „na podstawie otrzymanych wyjaśnień ww. firm [przyp. WASKO S.A. i ComArch S.A.] Zamawiający pozostawił jako tajemnicę przedsiębiorstwa złożone przez nie informacje, z wyjątkiem „Wykazu wykonanych dostaw” i załączonych do nich dwóch dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień w ofercie ComArch S.A., które Zamawiający udostępnił jako jawne, ponieważ wymienione w ww. dokumentach dostawy wykonane zostały dla zamawiającego publicznego.” Wskazana decyzja Zamawiającego stała się przedmiotem protestu wniesionego przez Odwołującego się w dniu 30 grudnia 2009 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia przedmiotowego protestu poprzez jego odrzucenie (pismo z dnia 11 stycznia 2010 r.). Od takiego rozstrzygnięcia Odwołujący się nie wniósł odwołania.

W tych okolicznościach uznać należy, iż na podstawie przepisu art. 181 ust. 6 ustawy Pzp zarzut naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp należy pozostawić bez rozpoznania. Skoro bowiem przedmiotem protestu z dnia 30 grudnia 2009 r. było zaniechanie czynności odtajnienia określonych informacji, to za nieuprawnione należy uznać podnoszenie tych okoliczności na drodze dalszych środków ochrony prawnej.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż w niniejszej sprawie zaszyły jakiegokolwiek nowe okoliczności, które dają podstawy do podnoszenia przedmiotowego zarzutu na obecnym etapie postępowania. Okoliczność, iż ComArch, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2010 r., uzupełnił tłumaczenie certyfikatu ISO 9001:2008 na język polski dla firmy Fjitsu Technology Solutions pozostaje bez wpływu na niniejsze rozstrzygnięcie. Fakt, iż wykonawca ujawnił wskazany dokument nie stanowi podstawy do podnoszenia po raz kolejny zarzutu bezpodstawności utajnienia określonych informacji. Zaś, jawność umowy nie oznacza obowiązku jej odtajnienia w zakresie, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uznanie ww. zarzutów za chybione, powoduje, iż brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....