

Sygn. akt: KIO 2714/13

WYROK

z dnia 13 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2013 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2013 r. przez wykonawcę **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy, ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **MALKOM D. M.....** i **Wspólnicy Spółka Jawna, ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** na rzecz **Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy, ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa** kwotę **3075 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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:

UZASADNIENIE

Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy, ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, instalację i wdrożenie systemu komputerowego o wysokiej mocy obliczeniowej, jako elementu tworzonej przez zamawiającego platformy METEO-RISK, oraz wsparcie zamawiającego w implementacji numerycznych modeli pogodowych COSMO, numer sprawy: NJ/54/PN/D/DN/umowa/13.

Zamawiający pismem z dnia 2013.11.14, poinformował wykonawców o dokonanym wyborze oferty najkorzystniejszej w powyższym postępowaniu, za którą została uznana oferta wykonawcy MALKOM D. M..... i Wspólnicy Spółka Jawna, ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

Od takiej czynności zamawiającego w dniu 25 listopada 2013 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa, zwany dalej „odwołującym”.

We wniesionym odwołaniu czynnościom zamawiającego związanym z oceną ofert i wyborem najkorzystniejszej oferty, zarzucił:

- 1) naruszenie art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności badania i oceny możliwości zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę MALKOM D. M..... i Wspólnicy Sp. Jawna i nieudostępnienie oferty firmy MALKOM w pełnym zakresie, w tym specyfikacji oferowanego rozwiązania wraz z oświadczeniem producenta, pomimo że takie informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa firmy MALKOM w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę i nie odrzucenie oferty MALKOM.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uwzględnienia odwołania,
- 2) nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym,
- 3) nakazania udostępnienia części oferty firmy MALKOM zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 4) nakazania dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty MALKOM i i jej

odrzućenie.

Na uzasadnienie podniesionych zarzutów podał, że zamawiający naruszył przepis art. 96 ust. 3 w związku z art. 6 ustawy Pzp gdyż wykonawca MALKOM jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł strony od numeru 29 do 79 tj. do końca oferty. Zamawiający w toku czynności badania ofert zaniechał dokonania czynności badania skuteczności zastrzeżenia części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności w dokumentacji postępowania brak było wyjaśnień wykonawcy dotyczących charakteru zastrzeżonych informacji pozwalających na ocenę skuteczności dokonanego przez Wykonawcę MALKOM zastrzeżenia. Zastrzeżenie tych dokumentów jest zdaniem odwołującego niezasadne, gdyż treść zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów była prezentowana przez tego wykonawcę w części jawnej oferty, składanej w innych postępowaniach, a dodatkowo część zastrzeżonych dokumentów, np. oświadczenie producenta o poborze mocy elektrycznej zaoferowanych przez MALKOM urządzeń zostało upublicznione w ofercie wykonawcy EUROKERG Sp. z o.o./KONCEPT Sp. z o.o.. W konsekwencji zastrzeżone w ofercie MALKOM informacje i dokumenty nie spełniają przynajmniej jednej z trzech przesłanek warunkujących możliwość objęcia zastrzeżonej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Nadto dodał, że zgodnie z uzyskanymi informacjami, wykonawca MALKOM zaoferował standardowe urządzenia firmy Hewlett-Packard, powszechnie dostępne na rynku, a dane i ich zakres składające się na pełną specyfikację oferowanego rozwiązania są informacjami ogólnie dostępnymi i powszechnie publikowanymi, w szczególności w specyfikacjach produktów i ulotkach produktowych producenta, w tym na ogólnodostępnych stronach internetowych firmy Hewlett-Packard. Tym samym, zgodnie z przepisami prawa i ugruntowanym orzecnictwem KIO i sądów powszechnych w tym zakresie, dostępne publicznie informacje nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca MALKOM będąc świadomym, że zaoferowane przez niego rozwiązanie nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, zastrzegł informacje pozwalające na weryfikację zadeklarowanych parametrów oferowanego sprzętu przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, uniemożliwiając w ten sposób możliwość odrzucenia takiej oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Stwierdził, że wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny. Zastrzeżenie tajemnicy, jak już wyżej zauważono, ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania. Z tego też względu zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, tym bardziej, że naturalną skłonnością wykonawców jest próba chronienia się przed ujawnieniem określonych elementów oferty, a często informacji zawartych w specyfikacjach technicznych tak aby utrudnić konkurencji

wgląd w weryfikację oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w każdym przypadku powinien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (tak np. KIO w wyroku z dnia 31.03.2009 r.; KIO/UZP 338/09)

Stwierdził również, że badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego (tak uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05), a nie jest jedynie jego uprawnieniem. W przypadku stwierdzenia, że nie było dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy określonych informacji, zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone informacje. Przywołał również, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 stycznia 2012 r. (sygn. KIO 100/12) stwierdziła, że *podstawą do utajnienia oferty nie mogą być ogólnikowe oświadczenia wykonawców w sprawie powodów utajnienia, zaś Zamawiający musi każdorazowo dogłębnie zbadać, czy zastrzeżona oferta rzeczywiście zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa. W ten sposób gwarantowana jest jawność jako podstawowa zasada prawa zamówień publicznych, zapewniająca rzeczywistą konkurencję przy ubieganiu się o takie zamówienia.*

Uwzględniając powyższe stwierdził, że w każdym przypadku, gdy wykonawca decyduje się zastrzec określone informacje jako poufne, powinien wykazać zamawiającemu, że zrobił to w sposób uprawniony, to znaczy wyjaśnić, na czym polega, np. wartość handlowa określonych informacji. W przypadku postępowania odwoławczego dotyczącego zasadności utajnienia określonych danych to właśnie na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje są tego rodzaju, że wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone w ofercie firmy MALKOM jako tajemnica przedsiębiorstwa, specyfikacja i dokumentacja techniczna oferowanego rozwiązania wraz z oświadczeniem producenta, nie spełniają łącznie trzech warunków, wymaganych dla uznania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym miejscu zamawiający zobowiązany był do zbadania, czy informacje te:

a. nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej;

b. posiadają wartość gospodarczą;

podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności

W zakresie zarzutu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp stwierdził, że faktycznym powodem zastrzeżenia informacji nie była potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do utrudnienia odwołującemu możliwości pełnej weryfikacji oferty. Jednocześnie wskazał, że bazując na informacjach uzyskanych od z innych źródeł niż oferta przystępującego, można uznać, że zaoferowany przedmiot zamówienia jest niezgodny z treścią SIWZ, a oferta powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. pkt. 2 ustawy Pzp, z uwagi na te same okoliczności, które

stanowiły podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy EUROKERG, bowiem zgodnie z wiedzą odwołującego obie oferty zawierały te same urządzenia w tożsamych konfiguracjach oraz takie same produkty programowe.

Dotyczyło to zdaniem odwołującego następujących kwestii:

- a) Zaoferowana biblioteka taśmowa HP StoreEver MSL6480 nie posiada napędów taśmowych LTO-6 typu "Hot-Plug".
- b) Zaoferowany system backupu HP Data Protector 8.0, który jest oprogramowaniem przeznaczonym do wykonywania kopii zapasowych standardowych rozwiązań informatycznych i nie jest przeznaczony do backupu klastrów obliczeniowych z współdzielonym rozproszonym systemem plików LUSTRE, nie umożliwia backupu współdzielonego rozproszonego systemów plików LUSTRE poprzez sieć InfiniBand za pomocą agentów systemów operacyjnych, zgodnie z pkt. 4.1.1 Załącznika nr 1 do SIWZ "Specyfikacja szczegółowa przedmiotu zamówienia",.
- c) Zaoferowana macierz dyskowa HP 3PAR StoreServ 7400 nie obsługuje wszystkich wymaganych w SIWZ poziomów RAID, tj. RAID 5, 6, 10, zgodnie z modyfikacją SIWZ dokonaną odpowiedzią na pytanie nr 3 z dnia 2013.08.29. Macierz dyskowa HP 3PAR StoreServ 7400 w zaoferowanej konfiguracji nie spełnia wymagań SIWZ dotyczących wydajności, tj. wydajności w zapisie 2GB/s i wydajności w odczycie, tj. 4GB/s, które to wymagania zostały określone w pkt. 4.1.i oraz 4.1.k Załącznika nr 1 do SIWZ "Specyfikacja szczegółowa przedmiotu zamówienia" wraz z późniejszymi modyfikacjami dokonanymi przez Zamawiającego odpowiedziami na pytania Wykonawców.
- d) Zaoferowany produkt programowy Cluster Studio 2013 firmy Intel nie spełnia wymagań określonych w pkt. 4.2.b Załącznika nr 1 do SIWZ "Specyfikacja szczegółowa przedmiotu zamówienia" poprzez brak wymaganych w SIWZ narzędzi programistycznych, realizujących określone funkcjonalności. Wykonawca nie zaoferował produktu programowego w swojej najbogatszej wersji, tj. Intel Cluster Studio XE 2013 SP 1, umożliwiającej pełne wykorzystanie dostarczonego sprzętu bez konieczności rozszerzania funkcjonalności, tj. wydatkowania dodatkowych środków na ten cel.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej, co zdaniem Izby należy ocenić negatywnie, lecz w trakcie rozprawy odnosząc się do zarzutów odwołującego podał w szczególności iż uznaje dokonane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa co do części oferty wykonawcy MALKOM za zasadne. Podstawą uznania treści oferty wykonawcy Malkom jako tajemnica przedsiębiorstwa było w szczególności to, że obaj z wykonawców tj. odwołujący i przystępujący zaoferowali m.in. podobne rozwiązania techniczne, jednakże sposób konfiguracji tych urządzeń dokonany przez przystępującego Malkom pozwolił na uzyskanie lepszego wyniku i tym samym stworzył przewagę konkurencyjną tego wykonawcy nad odwołującym, co zdaniem zamawiającego uzasadniało objęcie tych kwestii zawartych w

ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż stanowi niewątpliwie swoiste know-how przystępującego. Ponadto zarzucił iż zarzut ten jego zdaniem jest spóźniony i jako taki nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Natomiast co do zarzutu drugiego dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ zamawiający podniósł, iż dokonując oceny złożonych ofert i uznania oferty wykonawcy MALKOM za zgodną z SIWZ oparł się na posiadanej wiedzy, fachowych publikacjach w tym zakresie, kompetencji i posiadanym doświadczeniu, jak również dokonanej konfiguracji oferowanego sprzętu pod kątem spełniania wymagań zamawiającego. Podniósł iż nie można odebrać prawa wykonawcy aby zaoferowany sprzęt mógł być pod potrzeby zamawiającego konfigurowany po to aby uzyskać efekty przez niego wymagane.

Przystępujący do postępowania wykonawca poparł stanowisko zamawiającego w tym zakresie i wniósł oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta jako jedyna ważna w postępowaniu byłaby najkorzystniejszą ofertą.

Również przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania uniemożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia.

W zakresie podniesionego zarzutu dotyczącego niezasadnego uznania prawidłowości zastrzeżenia części oferty przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nie podjęcia w tym zakresie badania zasadności dokonanego zastrzeżenia i w konsekwencji nieudostępnienie oferty firmy MALKOM odwołującemu w pełnym zakresie, na wstępie zaznaczyć należy, że zarówno zamawiający jak i przystępujący na etapie rozprawy podnieśli, że zarzut ten został podniesiony po upływie terminu na jego wniesienie.

W tym zakresie Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy – odwołanie, wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu – takich jak zaniechanie udostępnienia w pełni treści oferty wykonawcy z powodu uznania jej za objętą tajemnicą przedsiębiorstwa – odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Wskazać należy, że każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i stanowisko zamawiającego odmawiające ich ujawnienia, może powziąć z dniem otwarcia ofert, bądź w najbliższym terminie wyznaczonym przez zamawiającego - na wniosek zainteresowanego wykonawcy, jako termin udostępnienia ofert wykonawcom. Z tymi też terminami należy wiązać rozpoczęcie biegu terminu wskazanego w ww. przepisie ustawy Pzp na złożenie środka odwoławczego do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

Izba podkreśla, że w przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 ustawy, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 ustawy liczy się również od daty - przy zachowaniu należytej staranności - możliwości powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko jej podjęcia przez wykonawcę. W tym postępowaniu za istotne dla ustalenia czy został zachowany termin na wniesienie odwołania od zasadności zastrzeżenia w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa należy podać iż w dniu 16 października 2013 roku miało miejsce otwarcie ofert, w dniu 21 października 2013 roku zamawiający na wniosek wykonawcy MALKOM udostępnił mu treść części oferty odwołującego. Natomiast w dniu 4 listopada odwołujący wniósł pierwsze odwołanie w tym postępowaniu do Prezesa KIO dotyczące poprawienia przez zamawiającego w jego ofercie omyłek rachunkowych.

Odnosząc się do powyższych ustaleń faktycznych, nie kwestionowanych przez odwołującego, stwierdzić należy, że odwołujący tak jak to miało miejsce w przypadku przystępującego mógłby, przy zachowaniu należytej staranności otrzymać wgląd do oferty konkurencyjnego wykonawcy już w dniu 21 lub 22 października 2013 roku, uzyskać informację o utajnieniu pewnej części oferty i wnieść odwołanie od decyzji zamawiającego co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty przystępującego. Odwołujący w tym zakresie nie podjął żadnych czynności, nie sprawdził czy oferta przystępującego jest w pełni jawna, nie wystąpił także do zamawiającego o udostępnienie mu treści tej oferty. Kwestionowanie zasadności zastrzeżenia w ofercie przystępującego część jej treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący dokonał dopiero w terminie wniesienia przedmiotowego odwołania tj 25 listopada 2013 roku.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdza, że w tej sytuacji podniesienie tego zarzutu nastąpiło z uchybieniem terminu na jego wniesienie.

Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Ze względu na objęcie odwołaniem, poza zarzutem nr 1 również innych kolejnych zarzutów, skład orzekający Izby nie odrzucił odwołania, a jedynie pozostawił zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa bez rozpoznania.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego błędnej oceny przez zamawiającego oferty przystępującego i niedokonania jej odrzucenia w oparciu o przepis art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu jej niezgodności z treścią wymagań postawionych przez zamawiającego w SIWZ, Izba wskazuje iż aby możliwe było odrzucenie oferty z tego powodu to niezbędne jest w sposób nie budzący wątpliwości wykazanie, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów. Podstawą odrzucenia oferty może być tylko jednoznacznie wykazana niezgodność czy też sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji, a nie sama ocena odwołującego i niedookreślony stopień „odpowiadania” oferty wymogom SIWZ” (sygn. akt KIO/UZP 110/09).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdza, że odwołujący nie udowodnił, że w sprawie zaistniały podstawy merytoryczne do podjęcia przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy MALKOM. Uwzględniając procesową (art. 190 ust. 1 Pzp), jak i materialną zasadę ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) wskazać należy, że to na odwołującym jako wywodzącym określone skutki prawne z podniesionych zarzutów, spoczywał ciężar przedstawienia dowodów na wykazanie ich zasadności. Ciężar udowodnienia zasadności podniesionych zarzutów należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego.

Odwołujący na poparcie swoich zarzutów co do niezgodności treści oferty z SIWZ złożył kilka dokumentów tj:

- wyciąg z encyklopedii internetowej Wikipedia na temat rozumienia funkcji Hot - Plug”
- wyciągi z szeregu instrukcji serwisowych, dokumentacji technicznych, instrukcji administratora itp. w języku angielskim, część z nich fragmentarycznie tłumaczona na język polski przez samego odwołującego, część nie została nawet potwierdzona za zgodność z

wydrukiem czy oryginałem. Brak jest również wskazania skąd z jakiej strony internetowej dany dokument został pozyskany.

- pismo zatytułowane jako ekspertyza wykonana na zlecenie odwołującego przez Stowarzyszenia Elektryków Polskich, Oddział Elektroniki, Informatyki, Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie.

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z oferty wykonawcy EUROKERG, stwierdzając iż ta oferta jest w zakresie technicznym tożsama z ofertą złożoną przez firmę Malkom i skoro tamta oferta tj. wykonawcy EUROKERG została odrzucona to tym samym również oferta Malkom jako zawierająca takie same oferowane urządzenia czy oprogramowanie powinna także podlegać odrzuceniu. Izba postanowiła oddalić tak postawiony wniosek dowodowy, gdyż po pierwsze z faktu odrzucenia oferty wykonawcy Eurokerg można wywieść tylko to, iż została ona uznana przez zamawiającego jako niezgodna z treścią SIWZ i jak ustalono na rozprawie wykonawca ten nie wniósł odwołania od takiej czynności zamawiającego. Natomiast zdaniem Izby niezasadne jest wywodzenie iż odrzucenie tej oferty było w całej rozciągłości merytorycznie zasadne i tym samym może ona stanowić określony wzorzec do uznania iż inna oferta gdzie zaoferowano takie same lub podobne rozwiązania winna również być odrzucona. Po drugie nadmienić należy, że oferta wykonawcy EUROKERG była poza zakresem zarzutów objętych przedmiotowym odwołaniem, a wnioskowane do przeprowadzenia dowody nie dotyczyły zarzutów podniesionych w odwołaniu. Próba wywodzenia z wskazania zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, prawa do podnoszenia innych niż wskazanych w odwołaniu zarzutów, Izba uznaje za niedopuszczalne (art. 192 ust.7 Pzp).

Zamawiającego w odpowiedzi na podniesiony zarzut wskazał , że dokonując oceny złożonych ofert oparł się na posiadanej wiedzy, publikacjach w tym zakresie, własnej kompetencji i doświadczeniu, jak również ocenie spełniania wymogów SIWZ przy uwzględnieniu zaproponowanej przez przystępującego konfiguracji określonego sprzętu i oprogramowania. Zamawiający przeprowadził analizę techniczną zaoferowanego sprzętu i uznał, iż zaoferowany sprzęt spełnia jego wymagania. Odnośnie zarzutu oznaczonego lit. a i b) w oparciu o badania techniczne stwierdził, iż zaoferowane urządzenie po stosownych modyfikacjach technicznych spełnia określone wymagania. Pod pojęciem *stosowne modyfikacje* zamawiający uznaje dopuszczalną w SIWZ zmianę oprogramowania pozwalającą na uzyskanie określonej wymaganej funkcjonalności danego oprogramowania czy sprzętu. Odnośnie zarzutu oznaczonego lit. c) wskazał, że również w tym przypadku przez zmianę oprogramowania jest możliwe uzyskanie określonych funkcjonalności, których oczekuje zamawiający. W zakresie zarzutu d) podał, iż postawiony wymóg SIWZ wymaga zaoferowania produktu programowego w najbogatszej wersji. Taka treść SIWZ jego zdaniem zobowiązuje wykonawcę do tego, aby na etapie realizacji umowy zaoferował podany produkt

programowy w najbogatszej dostępnej na rynku wersji. To oznacza że na etapie realizacji zamówienia może być zaoferowany produkt w wersji wyższej niż to wykazuje odwołujący.

Podobne stanowisko w tym zakresie zaprezentował również przystępujący, który dodał, że złożona przez niego oferta jest ofertą prawidłową, spełnia wszystkie wymagania zamawiającego. Na tą okoliczność złożył dwa pisma mające potwierdzać to stanowisko tj. pismo z 29 listopada 2013 r. wystawione przez HP Polska – producenta zaoferowanych urządzeń i oprogramowania, z którego wynika, że zaoferowane w ofercie urządzenia, a kwestionowane przez odwołującego spełniają wymagania zawarte w SIWZ. oraz pismo z 6 grudnia 2013 r., z którego wynika, iż HP informuje, że dla realizacji przedmiotowego zamówienia przygotuje i dostarczy sprzęt oraz oprogramowanie spełniające wszystkie określone w specyfikacji wymagania.

Wskazać należy iż odwołujący wobec takiego stanowiska podał iż uważa za niedopuszczalne, aby wskazane urządzenia mogły być modyfikowane na etapie realizacji zamówienia, a nie spełniać wszystkich wymaganych funkcji na dzień składania ofert. Zarówno zamawiający jak i przystępujący podali, że w SIWZ brak jest takiego zakazu. Wskazali również, że odwołujący składając swoją ofertę przyjął takie samo jak przystępujący założenie. Wynika to zdaniem zamawiającego z treści pisma odwołującego z 29.10.2013 roku gdzie w odpowiedzi na pytanie zamawiającego iż *jego zdaniem zaoferowana obudowa serwerów „posiada 4 wentylatory, które jednak nie są hot-plug”* odwołujący podał iż *”zaoferowane przez naszą firmę rozwiązanie klastra obliczeniowego to oferta projektowa przygotowana przez producenta „.* Tym samym dopuszczał – jak to wynika z dalszej treści odpowiedzi, iż mogą to być urządzenia dopiero projektowane na potrzeby tego zamówienia, a ich opis zawarty w ulotkach projektowych może nie odpowiadać parametrom i funkcjonalności zaoferowanych urządzeń. Jednakże wykonawca w odwołaniu przyjął stanowisko odwrotne od prezentowanego w ww. piśmie, kwestionując prawidłowość oferty przystępującego, mimo iż przystępujący przyjął przy konstruowaniu oferty takie samo założenie jak odwołujący.

Zdaniem Izby nie można w sprawie pominąć również stanowiska zamawiającego iż oferta złożona przez przystępującego jest ofertą prawidłową i odpowiadającą jego potrzebom, na co wskazuje ocena złożonych ofert, gdzie w kryterium *„moc obliczeniowa oferowanego systemu obliczeniowego- max 45 pkt”* oferta przystępującego otrzymała 36,56 pkt, a oferta odwołującego tylko 4,19 pkt. W łącznej ocenie przy zastosowanym kryterium, oferta przystępującego otrzymała ponad 20 pkt więcej niż oferta odwołującego, co przez odwołującego nie było kwestionowane.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że podniesione powyżej zarzuty jako niezasadne, a przede wszystkim nie udowodnione nie mogły zostać uwzględnione. Przedstawione przez odwołującego ww. dowody w większości pochodzące ze stron

internetowych nie mogą być podstawą uznania zarzutów za zasadne i udowodnione. Informacjom zaczerpniętym ze stron internetowych nie można nadać takiej mocy dowodowej w oparciu o którą Izba może oprzeć orzeczenie w danej sprawie. Dokumenty te mogą co najwyżej stanowić wzmocnienie innych przedstawionych dowodów w sprawie jeśli oczywiście są zgodne w merytorycznym zakresie. Treści zawarte w takich informacjach ze stron internetowych nie mają charakteru wyczerpującego, a zazwyczaj zmierzają do przedstawienia pewnych informacji w handlowym zakresie. Podobne stanowisko w tej kwestii zawarł Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 7.10.2009 roku sygn. akt II Ca 718/09, gdzie stwierdził, że *„informacje zamieszczone na stronach internetowych wykonawców nie mogą stanowić jakiegokolwiek źródła odniesienia przy ocenie oferty, albowiem decydujące znaczenie mają oświadczenia wykonawców zawarte w treści skonkretyzowanej oferty przeanalizowane pod kątem treści siwz. Informacje zawarte w ulotkach, na stronach internetowych i innych publikacjach reklamowych nie mogą być dowodem w sprawie, gdyż nie mają mocy wiążącej”*. Również Izba nie nadała mocy dowodowej, mogącej stanowić podstawę do udowodnienia podniesionych zarzutów złożonej ekspertyzie, gdyż została ona sporządzona na wniosek odwołującego i na jego potrzeby, a ponadto z jej treści nie wynika, że brak jest możliwości uzyskania – jak twierdzi zamawiający, po przeprowadzeniu określonych konfiguracji sprzętu i oprogramowania, parametrów oczekiwanych przez zamawiającego.

Natomiast przystępujący składając pisma producenta zaoferowanych urządzeń- firmy HP w wystarczającym zakresie, zdaniem Izby, potwierdził, że oferta przystępującego jest zgodna z treścią wymagań SIWZ i realizacja zamówienia w oparciu o zaoferowany sprzęt i oprogramowanie zapewni realizację przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert. Oświadczenia odwołującego przedkładane na rozprawie bez poparcia ich wiarygodnymi dowodami mają ograniczone znaczenie dla oceny czynności zamawiającego, której dokonywać należy przede wszystkim w świetle opisanych w SIWZ zasad.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: