

Sygn. akt: KIO 807/13
KIO 809/13

WYROK

z dnia 24 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec
Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2013 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie (00-222), ul. Sanguszki 1 oraz Qumak S.A. w Warszawie (00-807), Al. Jerozolimskie 94 (sygn. akt KIO 807/13),**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Newind sp. z o.o. we Wrocławiu (54-413), ul. Klecińska 125 oraz ORTI B..... sp. k. w Lublinie (20-078), ul. Cicha 3/1u (sygn. akt KIO 809/13),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie (00-184), ul. Stanisława Dubois 5a**

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : **Newind sp. z o.o. we Wrocławiu (54-413), ul. Klecińska 125 oraz ORTI B..... sp. k. w Lublinie (20-078), ul. Cicha 3/1u,**
- wykonawcy: **IT.expert sp. z o.o. w Warszawie (02-486), Aleje Jerozolimskie 176**
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Decsoft S.A. w Warszawie (01-217), ul. Kolejowa 5/7 oraz Arcus S.A. w Warszawie (00-180), ul. Miła 2**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 807/13 po stronie Zamawiającego

przy udziale wykonawcy: **IT.expert sp. z o.o. w Warszawie (02-486), Aleje Jerozolimskie 176** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 809/13 po stronie Odwołującego

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie (00-222), ul. Sanguszki 1 oraz Qumak S.A. w Warszawie (00-807), Al. Jerozolimskie 94,**
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Decsoft S.A. w Warszawie (01-217), ul. Kolejowa 5/7 oraz Arcus S.A. w Warszawie (00-180), ul. Miła 2**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 809/13 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala oba odwołania,**
2. kosztami postępowania obciąża:
 - A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie (00-222), ul. Sanguszki 1 oraz Qumak S.A. w Warszawie (00-807), Al. Jerozolimskie 94 (sygn. akt KIO 807/13),**
 - B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Newind sp. z o.o. we Wrocławiu (54-413), ul. Klecińska 125 oraz ORTI B..... sp. k. w Lublinie (20-078), ul. Cicha 3/1u (sygn. akt KIO 809/13),**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę:
 - A. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie (00-222), ul. Sanguszki 1 oraz Qumak S.A. w Warszawie (00-807), Al. Jerozolimskie 94 (sygn. akt KIO 807/13)** tytułem wpisu od odwołania,
 - B. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Newind sp. z o.o. we Wrocławiu (54-413), ul. Klecińska 125 oraz ORTI B..... sp. k. w Lublinie (20-078), ul. Cicha 3/1u (sygn. akt KIO 809/13)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza:

- A. od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie (00-222), ul. Sanguszki 1 oraz Qumak S.A. w Warszawie (00-807), Al. Jerozolimskie 94 (sygn. akt KIO 807/13)** na rzecz zamawiającego: **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie (00-184), ul. Stanisława Dubois 5a** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika **(sygn. akt KIO 807/13)**,
- B. od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Newind sp. z o.o. we Wrocławiu (54-413), ul. Klecińska 125 oraz ORTI B..... sp. k. w Lublinie (20-078), ul. Cicha 3/1u** na rzecz zamawiającego: **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie (00-184), ul. Stanisława Dubois 5a** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika **(sygn. akt KIO 809/13)**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 807/13
KIO 809/13

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa Infrastruktury Techniczno-Systemowej dla części II-IV projektu Elektroniczna Platforma Gromadzenia Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych” zostało wszczęte przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 248-410652) w dniu 27 grudnia 2012 r.

W dniu 8 kwietnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie oraz Qumak S.A. w Warszawie (sygn. akt KIO 807/13), zwanego dalej Odwołującym w sprawie KIO 807/13 lub konsorcjum PWPW.

W tym samym dniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło także odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Newind sp. z o.o. we Wrocławiu oraz ORTI B..... sp. k. w Lublinie (sygn. akt KIO 809/13), zwanego dalej Odwołującym w sprawie KIO 809/13 lub konsorcjum Newind.

Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego zostały doręczone prezesowi Izby odpowiednio:

1. w sprawie 807/13 (każde po stronie Zamawiającego):
 - a) w dniu 11 kwietnia 2013 r. przez konsorcjum Newind,
 - b) w dniu 11 kwietnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Decsoft S.A. w Warszawie oraz Arcus S.A. w Warszawie, zwanych dalej łącznie konsorcjum Decsoft,
 - c) w dniu 12 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę: IT.expert sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej IT.expert,
2. w sprawie 809/13:
 - a) w dniu 11 kwietnia 2013 r. przez konsorcjum PWPW (po stronie Zamawiającego),

- b) w dniu 11 kwietnia 2013 r. przez konsorcjum Decsoft (po stronie Zamawiającego),
- c) w dniu 12 kwietnia 2013 r. przez IT.expert (po stronie Odwołującego).

Odwołujący w sprawie KIO 807/13 zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez konsorcjum Decsoft, konsorcjum Newind oraz przez IT.ekspert. Jak twierdził odwołujący, IT.ekspert zaoferował przełącznik rdzeniowy, którego wydajność matrycy nie odpowiada wymaganiom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). W ocenie Odwołującego, jedynie zaoferowany przez niego przełącznik rdzeniowy, charakteryzuje się właściwymi parametrami, co potwierdzić miał producent tegoż przełącznika. Informacja ta, w połączeniu z oświadczeniem złożonym przez powołanego producenta przełączników, iż inni wykonawcy nie kierowali do niego zapytań cenowych pozwalających na rzetelne skonstruowanie oferty, pozwoliło Odwołującemu podnieść zarzut niezgodności z treścią SIWZ także wobec ofert złożonych przez konsorcjum Decsoft i przez konsorcjum Newind. W kontekście tak postawionego zarzutu, Odwołujący zaznaczał, iż dostrzeżonej przez niego niezgodności w treści ofert nie można sanować na podstawie art. 87 ustawy Pzp. W odniesieniu do oferty złożonej przez IT.ekspert, Odwołujący twierdził ponadto, że nie obejmowała ona swoją treścią oprogramowania modułu zarządzana harmonogramem. Powyższe pozwalało, w ocenie Odwołującego stwierdzić, iż zamawiający nie dostrzegł, że treść każdej z trzech przywołanych ofert nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym zaniechał ich odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Odwołujący w sprawie KIO 807/13 zarzucał Zamawiającemu ponadto naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia mu załączników do protokołu postępowania, w tym korespondencji, jaką prowadził Zamawiający z pozostałymi trzema wykonawcami. Twierdził on również, iż Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odmowę udostępnienia mu opinii bankowej złożonej wraz z ofertą konsorcjum Decsoft.

Niezależnie od powyższego konsorcjum PWPW zarzucało Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Decsoft, z uwagi na fakt przedstawienia przez tego wykonawcę nieaktualnych dokumentów oraz gwarancji wadium wystawionych ze wskazaniem na nieaktualne dane adresowe, jak również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia tegoż wykonawcy z uwagi na fakt, iż wadium zostało złożone w formie uniemożliwiającej jego realizację – w przekonaniu Odwołującego złożona została jedynie kopia gwarancji ubezpieczeniowej.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie ofert złożonych przez konsorcjum Decsoft, konsorcjum Newind oraz IT.ekspert, a także wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum Decsoft, a następnie wybranie oferty najkorzystniejszej. Ponadto Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu jawnej części dokumentacji, w szczególności korespondencji, jaka była prowadzona przez Zamawiającemu z trzeba pozostałymi wykonawcami w toku badania i oceny ofert, a także odtajnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą konsorcjum Decsoft, które zostały niezasadnie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Drugi z Odwołujących, w sprawie KIO 809/13, zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 89 ust. 3, a także art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez konsorcjum Decsoft oraz konsorcjum PWPW. W ocenie konsorcjum Newind, z treści SIWZ, a w szczególności z odpowiedzi na pytanie 198 zawartej piśmie z dnia 24 stycznia 2013 r., wynikało, iż okres realizacji usług opisanych w pozycji od 3a do 3c formularza cenowego na potrzeby wyceny oferty został ustalony na 20 miesięcy. Kierując się tym przeświadczeniem, Odwołujący w sprawie KIO 809/13, wywiódł, iż kalkulacja sporządzona tak przez konsorcjum Decsoft, jak i przez konsorcjum PWPW, nie uwzględnia pełnego wymaganego okresu realizacji powołanych usług, tj. 20 miesięcy, zaś skorygowanie każdej z tych kalkulacji spowoduje, iż poprawione ceny za poszczególne etapy nie będą stanowiły wyznaczonej w SIWZ wartości procentowej ceny całkowitej. Okoliczności te sprawiły, iż konsorcjum Newind zarzucało Zamawiającemu również naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, które podlegały odrzuceniu, a także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący w sprawie KIO 809/13 wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie ofert złożonych przez konsorcjum Decsoft oraz przez konsorcjum PWPW, a następnie wybranie oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Na mocy zarządzenia Prezesa Izby z dnia 15 kwietnia 2013 r. powołane sprawy zostały rozpoznane łącznie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w każdej ze spraw,

z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył w odniesieniu do każdego z rozpoznawanych odwołań, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że każdemu z Odwołujących, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Oceny tej nie mogła zmienić podnoszona w toku rozprawy w zakresie sprawy KIO 807/12 przez konsorcjum Decsoft okoliczność, iż Zamawiający unieważnił pismem z dnia 18 kwietnia 2013 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 29 marca 2013 r. Faktem jest, iż każde z rozpoznawanych odwołań odnosiło się wprost do tej właśnie czynności i opierało się w głównej mierze na kwestionowaniu jej zgodności z przepisami ustawy Pzp, niemniej jednak, jak to zostało ustalone w orzecznictwie Izby, posiadanie przez wykonawcę legitymacji do wniesienia odwołania badane jest na chwilę wniesienia tego odwołania. Istotne jest zatem to, że w chwili, w której odwołanie zostało wniesione, wykonawcy przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Zaistniałe później okoliczności, takie jak np. dokonane w rozpoznawanym przypadku unieważnienie zaskarżonej czynności, mogą, w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, wpłynąć w głównej mierze na ocenę podnoszonego w odwołaniu naruszenia na wynik postępowania. Tym samym mogą one ewentualnie przesądzić o uznaniu stwierdzonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp za niepozwalające na uwzględnienie odwołania. W rozpoznawanym przypadku, w chwili wnoszenia każdego z rozpoznawanych odwołań wykonawcy je wnoszący, w ocenie Izby, posiadali legitymację do ich wniesienia.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego w każdej ze spraw dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty złożone Izbie w toku posiedzenia i rozprawy, za wyjątkiem przedstawionego przez Odwołującego w sprawie KIO 807/13 wydruku ze stron HP. Wydruk ten został sporządzony w języku angielskim, nie złożono wraz z nim jego tłumaczenia na język polski. Zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280), zwanego dalej Rozporządzeniem w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, wszystkie dokumenty przedstawia się Izbie w języku polskim, jeśli zaś strona powołuje się na dokumenty sporządzone w języku obcym, jest zobowiązana przedstawić ich tłumaczenie na język polski. Przepis ten nie dopuszcza

wyjątków. Dlatego też, jak to już zostało wskazane, strona powołująca się na sporządzone w języku obcym (w tym przypadku – angielskim) dokumenty, zobowiązana jest złożyć Izbie ich tłumaczenie. Niezałączenie takiego tłumaczenia nie pozwoliło Izbie uwzględnić jako dowodu dokumentu sporządzonego w języku obcym.

Izba nie uwzględniła zgłoszonego w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 807/13 wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, uznając, iż w zaistniałych okolicznościach dowód ten został zgłoszony jedynie dla zwłoki. Wniosek ten został oparty na tezie, iż nie są na rynku dostępne spełniające wymagania określone w SIWZ przełączniki rdzeniowe innego niż Huawei producenta. Tezę tę, stanowiącą dowód pośredni, miało potwierdzać oświadczenie złożone w imieniu Huawei Polska przedstawione Izbie przez konsorcjum PWPW. Analiza tegoż oświadczenia potwierdza słuszność argumentu Zamawiającego, iż oświadczenie to nie zawiera twierdzenia, iż nie są dostępne na rynku technologie inne, niż oferowana przez tego właśnie producenta, które pozwalałyby na zbudowanie przełącznika odpowiadającego wymaganiom SIWZ. Wiarygodność twierdzenia Odwołującego dodatkowo podważyły dowody zebrane w sprawie, tak zawarte w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, jak i przedstawione w toku postępowania odwoławczego. Pozwoliły one przesądzić, iż nie zostało udowodnione, aby przełącznik rdzeniowy HP zaoferowany przez IT.expert nie spełniał wymagań SIWZ. Mając na uwadze, iż omawiany wniosek dowodowy oparty został na błędnej interpretacji zapisów SIWZ (w ocenie konsorcjum PWPW z pkt 2.16 załącznika nr 2 do Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), wers ITS.WDS.RQ.X.SCOR.002, wynikać miało, iż decydującą jest wydajność przełącznika jako całości, nie zaś samej matrycy), a także błędnym przekonaniu o wyjątkowości w kontekście wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ rozwiązań oferowanych przez Huawei, Izba oddaliła powołany wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Z tych samych względów Izba oddaliła również wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego zgłoszony przez konsorcjum PWPW w toku rozprawy przed Izba.

Uwzględniając powyższe Izba oraz kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała każde z odwołań w granicach zarzutów w nich zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez każdego z Odwołujących zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym oba rozpoznawane odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

KIO 807/13

Pierwszym z zarzutów podnoszonych przez Odwołującego w sprawie KIO 807/13, było twierdzenie, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez IT.ekspert, czym dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Jak twierdził Odwołujący, wykonawca ten zaoferował przełącznik rdzeniowy, którego wydajność matrycy nie odpowiadała wymaganiom SIWZ. Okoliczność ta powinna przesądzić uznanie, iż treść oferty złożonej przez IT.ekspert nie odpowiada treści SIWZ.

Jak ustaliła Izba, w pkt 2.16 (ITS.SPZ.PAS.X.016) załącznika nr 2 do OPZ, zawarty został opis wymagań dla przełącznika rdzeniowego. W wersji drugim tabeli zawarte zostało wymaganie opisane jako „*ITS.WDS.RQ.X.SCOR.002*”. W jego treści określono m.in., że „*minimalna wydajność matrycy powinna być nie mniejsza niż 6,6 Tbp/s*”. IT.ekspert, co nie było sporne między Stronami, w swojej ofercie jako przełącznik rdzeniowy odpowiadający wymaganiom opisanym w powołanym pkt 2.16, wskazał na przełącznik rdzeniowy produkcji HP o nazwie 12500 Switch, model 12508. Jak twierdziło konsorcjum PWPW oferowane Zamawiającemu urządzenie, zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej producenta, ma matrycę o wydajności 6,12 Tbp/s, tym samym urządzenie to nie spełnia wymagań SIWZ. Jak zaznaczał Odwołujący w sprawie KIO 807/13 wskazania w ofercie złożonej przez IT.ekspert na ten konkretny model przełącznika rdzeniowego nie można uznać za omyłkę, ponieważ wpisany został model na rynku istniejący, zaś jego zmiana byłaby niedopuszczalną w świetle art. 87 zmianą treści oferty.

W ocenie składu orzekającego zarzucana przez konsorcjum PWPW niezgodność treści oferty IT.ekspert z treścią SIWZ nie miała miejsca. W ocenie Izby z przywołanego zapisu nie sposób wywieść, jak chciałby tego Odwołujący w sprawie KIO 807/13, iż to wydajność przełącznika rdzeniowego powinna być nie mniejsza niż 6,6 Tbp/s. Twierdził on bowiem, iż wydajność przełącznika ogranicza wydajność matrycy i przez pryzmat tego właśnie parametru oceniać należy wydajność matrycy – nie można przyjąć, że jest ona większa niż wydajność całego przełącznika. Zdaniem Izby twierdzenia te uznać należy za nazbyt daleko idące. W SIWZ zawarto bowiem wyraźne stwierdzenie – to matryca powinna mieć wydajność nie mniejszą, niż 6,6 Tbp/s. Odwołujący nie wskazał na jakikolwiek zapis SIWZ, z którego wynikać miałyby, aby parametr opisujący samą matrycę, należało odczytywać i oceniać z uwzględnieniem cech całego urządzenia, w którym jest ona zainstalowana. Jak wynika z oświadczenia producenta (HP) złożonego przez konsorcjum Decsoft w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron, matryca wykorzystana w przełączniku rdzeniowym produkcji HP o nazwie 12500 Switch, model 12508 ma wydajność 7,56 Tbp/s, a zatem większą niż minimalna opisana w SIWZ. Pozwoliło to jednoznacznie stwierdzić, iż zostało udowodnione, że powołany przełącznik rdzeniowy jest wyposażony w matrycę

o odpowiedniej wydajności, a tym samym wykazano, że treść oferty złożonej przez IT.ekspert w ocenianym tu zakresie odpowiada treści SIWZ. Stąd też Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp nie zasługiwał na uznanie. Mając to na uwadze, Izba uznała, iż nie zostało tym samym wykazane, aby w tych okolicznościach koniecznym było rozważenie zastosowania procedury opisanej w art. 87 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez IT.ekspert w omówionym tu zakresie.

Jak twierdziło konsorcjum PWPW, jedynie zaoferowany przez nie przełącznik rdzeniowy, charakteryzuje się właściwymi parametrami, co potwierdzić miał producent tegoż przełącznika. W przedstawionym Izbie oświadczeniu producent ten zapewnił, iż w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wspiera on jedynie ofertę złożoną przez konsorcjum PWPW. Okoliczności te miały przemawiać za tym, iż oferty złożone tak przez konsorcjum Newind, jak i przez konsorcjum Decsoft, w zakresie zaoferowanego Zamawiającemu przełącznika rdzeniowego nie odpowiadają swą treścią treści SIWZ.

W ocenie Izby zebrany materiał dowodowy, w szczególności treść ofert (konsorcjum Decsoft – str. 69, konsorcjum Newind – str. 74), wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a także pisma złożone w toku postępowania odwoławczego, pozwalają uznać, że przełączniki rdzeniowe zaoferowane przez każdego z tych wykonawców zapewniają odpowiednią wydajność matrycy, a tym samym spełniają wymagania opisane w SIWZ. Mając to na uwadze, Izba uznała, iż brak było podstaw do uznania, iż treść ofert złożonych, tak przez konsorcjum Newind, jak i przez konsorcjum Decsoft, nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym nie zaistniały podstawy dla odrzucenia którejkolwiek z tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z powodów, na jakie wskazywał Odwołujący w sprawie KIO 807/12.

W odniesieniu do oferty złożonej przez IT.ekspert konsorcjum PWPW twierdziło ponadto, że nie objęła ona swoim zakresem oprogramowania modułu zarządzania harmonogramami, co było wymagane w pkt 3.25.19.1 (ITS.SPZ.SFT.4.009) załącznika nr 2 do OPZ.

Nie było sporne między Stronami w toku postępowania, iż obowiązkiem każdego z wykonawców było zaoferowanie Zamawiającemu m.in. powołanego oprogramowania modułu zarządzania harmonogramami. Jak przystępujący: IT.ekspert wyjaśnił w toku rozprawy przed Izbą, zaoferował on Zamawiającemu oprogramowanie SAS Data Management Standard, które zawiera w sobie m.in. przywoływane przez konsorcjum PWPW oprogramowanie modułu zarządzania harmonogramami. Twierdzeniu temu Odwołujący w sprawie KIO 807/13 nie zaprzeczył. Nie sposób zatem uznać, że konsorcjum PWPW udowodniło zasadność podnoszonego przez siebie zarzutu. Dlatego też Izba stwierdziła,

iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez IT.ekspert z powodów przywołanych przez Odwołującego w sprawie KIO 807/13, a tym samym, aby naruszył on przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Kolejnym zarzutem podnoszonym przez konsorcjum PWPW był zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia mu załączników do protokołu postępowania, w tym korespondencji, jaką prowadził Zamawiający z pozostałymi trzema wykonawcami (konsorcjum Decsoft, Konsorcjum Newind, IT.ekspert). W uzasadnieniu odwołania zarzut ten został ograniczony w swym zakresie – Odwołujący w sprawie KIO 807/13 dookreślił tam bowiem, iż Zamawiający nie przekazał mu wezwań do wyjaśnienia treści oferty, a także wezwań do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów złożonych przez wykonawców wraz z ofertą. Twierdził on, iż wezwania konstruowane i wysyłane przez podmiot publiczny w ogóle nie mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby twierdzenie to wytyczyło granice podniesionego przez konsorcjum PWPW zarzutu.

Kierując się tym przekonaniem, Iza uznała tak sformułowany zarzut za niezasadny. Nie można bowiem, co do zasady, odmówić objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa także pism wysyłanych przez Zamawiającego do wykonawców, jeżeli pisma te w swej treści zawierają wezwanie do wyjaśnienia, czy też uzupełnienia, objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych Zamawiającemu. Uznając, iż treść dokumentów objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa zasadnie, nie sposób odmówić objęcia taką samą tajemnicą treści wezwań odnoszących się do tychże dokumentów. W innym przypadku zastrzeżenie tajemnicy stałoby się iluzoryczne, poprzez treść wezwania odnoszącą się wprost do informacji objętych tajemnicą ujawnione zostałyby bowiem te zastrzeżone informacje. Nie można zatem co do zasady przyjąć, jak chciałby tego Odwołujący w sprawie KIO 807/13, iż żadne wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, czy też wezwanie do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów złożonych przez wykonawców wraz z ofertą nie może zostać objęte skutecznym zastrzeżeniem objęcia ich treści tajemnicą przedsiębiorstwa. Pamiętać przy tym należy, iż każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie, z uwzględnieniem szczególnych okoliczności sprawy.

Konsorcjum PWPW podnosiło również, iż dokumenty złożone przez IT.ekspert są jawne. Jak zgodnie potwierdziły strony, Zamawiający w dniu 16 kwietnia 2013 r., a zatem przed otwarciem rozprawy, udostępnił Odwołującemu w sprawie 807/13 wezwanie skierowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia do IT.ekspert, a także wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę w części jaka nie została zastrzeżona. Nie było zatem sporne między stronami, iż Zamawiający, który pierwotnie zaniechał udostępnienia

konsorcjum PWPW powołanego wezwania i wyjaśnień, ostatecznie tego dokonał. Stąd też, mając na uwadze art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a także art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje uwzględnić odwołanie, jedynie w przypadku gdy stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, skład orzekający Izby uznał, iż mimo, że zostało wykazane zaistnienie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez odmowę udostępnienia wezwania skierowanego w toku postępowania o udzielenie zamówienia do IT.ekspert, a także wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w części jaka nie została zastrzeżona jako tajemnica, to naruszenie to wobec udostępnienia powołanych dokumentów konsorcjum PWPW w dniu 16 kwietnia 2013 r. utraciło swą doniosłość. Dlatego też nie może ono przesądzić o uwzględnieniu odwołania.

Z zastrzeżeniem powyższego, w rozpoznawanej sprawie, konsorcjum PWPW nie kwestionowało zasadności objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa treści poszczególnych dokumentów złożonych przez pozostałych trzech wykonawców wraz z ich ofertami. Dlatego też, mając to na uwadze, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp. Jak to zostało wskazane, nie sposób wywieść z przepisów ustawy generalnej zasady, iż niemożliwa jest odmowa udostępnienia wezwania do wyjaśnienia treści oferty lub innych dokumentów, czy też uzupełnienia tych drugich. W rozpoznawanej sprawie, z zastrzeżeniem przypadku dokumentów odnoszących się do oferty złożonej przez IT.ekspert, nie zostało wykazane, aby Zamawiający w sposób nieuzasadniony odmówił konsorcjum PWPW udostępnienia jakichkolwiek dokumentów, stąd też Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzut sformułowanego w odwołaniu wniesionym w sprawie 807/13.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący w sprawie 807/13 zarzucał Zamawiającemu, iż ten naruszył art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odmowę udostępnienia mu opinii bankowej złożonej wraz z ofertą konsorcjum Decsoft. Jak twierdził Odwołujący, dopiero w dniu 4 kwietnia 2013 r. Zamawiający przedstawił mu do wglądu całość ujawnionej dokumentacji wraz z jawną częścią oferty, stąd też dopiero w tym dniu powziął on wiadomość o zastrzeżeniu objęcia tajemnicą powołanej opinii. W jego ocenie informacje zawarte w tego rodzaju opinii nie mogą w ogóle zostać uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorcy.

W ocenie Izby zarzut ten uznać należy za spóźniony. Zgodnie ze znajdującym się protokołem udostępnienia konsorcjum PWPW dokumentacji postępowania w dniu 1 marca 2013 r. przedstawiciel tego konsorcjum zapoznał się z ofertami pozostałych wykonawców, z wyłączeniem tych dokumentów, które zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy

przedsiębiorstwa. Tym samym już w tym dniu Odwołujący w sprawie 807/13 powziął informację o odmowie udostępnienia mu opinii bankowej. Co istotne, w protokole tym, nie zostały zawarte jakiegokolwiek adnotacje informujące o tym, iż Zamawiający ma zamiar podejmować jakiegokolwiek kroki w celu wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia objęcia tajemnicą powołanej opinii. Brak zatem przesłanek ku temu, aby nie uznać, iż termin na wniesienie odwołania wobec nieudostępnienia tejże opinii powinien być liczony począwszy od dnia 1 marca 2013 r. Stąd też podnoszenie go na obecnym etapie, Izba uznała za spóźnione, co przemawia za nieuwzględnieniem tegoż zarzutu.

Na marginesie, skład orzekający Izby, chciałby zaznaczyć, iż istnieje potencjalna możliwość, aby informacje zawarte w opinii bankowej zostały objęte zasadnie tajemnicą przedsiębiorstwa. Ocena skuteczności takiego zastrzeżenia zależy od okoliczności zaistniałych w rozpoznawanej sprawie, w szczególności od treści przedstawionej Zamawiającemu opinii.

Konsorcjum PWPW zarzucało również Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Decsoft, z uwagi na fakt przedstawienia przez tego wykonawcę nieaktualnych dokumentów oraz gwarancji wadium wystawionych ze wskazaniem na nieaktualne dane adresowe. W toku postępowania odwoławczego Odwołujący oświadczył, iż wycofuje on tak postawione zarzuty. Mając to na uwadze, Izba uznała, iż zarzuty te nie podlegają rozpoznaniu przez nią.

Ostatnim z zarzutów podnoszonych przez Odwołującego w sprawie 807/13, był zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Decsoft z uwagi na fakt, iż złożyło ono wadium w formie uniemożliwiającej jego realizację – w przekonaniu Odwołującego złożona została jedynie kopia gwarancji ubezpieczeniowej.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby zarzut ten zasługiwał na uwzględnienie. Zgodnie z pkt III.4 SIWZ, Zamawiający wymagał złożenia oryginalnego dokumentu gwarancji, załączonego w sposób umożliwiający jego zwrot. Ponadto wraz ofertą, oprócz oryginału, wykonawca, był zobowiązany złożyć kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem. Jak zgodnie oświadczyli Zamawiający i konsorcjum Decsoft, wykonawca ten złożył Zamawiającemu gwarancję wadialną w oryginale, a ponadto wraz ofertą przedstawił jej kopię. Dając wiarę tym wyjaśnieniom, a także uwzględniając fakt, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, Izba uznała zarzut na nie zasługujący na uznanie.

KIO 809/13

Odwołujący, w sprawie KIO 809/13, zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 89 ust. 3, a także art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez konsorcjum Decsoft oraz konsorcjum PWPW. W ocenie konsorcjum Newind, z treści SIWZ, a w szczególności z odpowiedzi na pytanie 198 zawartej piśmie z dnia 24 stycznia 2013 r., wynikało, iż okres realizacji usług opisanych w pozycji od 3a do 3c formularza cenowego ma na potrzeby wyceny oferty zostać ustalony na 20 miesięcy. Kierując się tym przeświadczeniem, Odwołujący w sprawie KIO 809/13, wywiódł, iż kalkulacja sporządzona tak przez konsorcjum Decsoft, jak i przez konsorcjum PWPW, nie uwzględnia pełnego wymaganego okresu realizacji powołanych usług, tj. 20 miesięcy, zaś skorygowanie każdej z tych kalkulacji spowoduje, iż poprawione ceny za poszczególne etapy nie będą stanowiły wyznaczonej w SIWZ wartości procentowej ceny całkowitej. Okoliczności te sprawiły, iż konsorcjum Newind zarzucało Zamawiającemu również naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, które podlegały odrzuceniu, a także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

W ocenie Izby zarzuty formułowane przez konsorcjum Newind oparte zostały na wyniku niewłaściwej interpretacji odpowiedzi na pytanie 198 zawartej piśmie z dnia 24 stycznia 2013 r. Pytanie to brzmiało: *„Z uwagi, na brak możliwości jednoznacznego określenia terminu podpisania umowy na realizację przedmiotowego zamówienia i określeniem terminu zakończenia umowy na dzień 31.12.2014 r., przy jednoczesnym wymogu wyceny w składanej ofercie następujących pozycji:*

3a - miesięczny koszt usług eksploatacji o których mowa w § 3 ust. 4 pkt 3) Umowy

3b - miesięczny koszt usług kolokacji o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 12 Umowy

3c - miesięcznego kosztu dzierżawy łącza o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt 9 i 10 Umowy

Wnosimy o jednoznaczną informację jaka ilość miesięcy wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w wycenie przedstawionej w ofercie. Brak powyższych informacji spowoduje, że Zamawiający otrzyma nieporównywalne oferty, gdyż ilość miesięcy przyjętych w wycenie przez danych wykonawców będzie różna w zależności od przyjęcia hipotetycznej daty podpisania umowy.

Odpowiedz: Zgodnie z postanowieniem SIWZ: <<Termin realizacji przedmiotu zamówienia wynosi: Przedmiot zamówienia realizowany będzie maksymalnie przez okres 20 miesięcy od dnia zawarcia umowy jednak nie dłużej niż do końca trwania projektu Elektroniczna Platforma Gromadzenia Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (planowane zakończenie projektu do 31 grudnia 2014 roku)>>.

Zamawiający wskazuje, iż Wykonawcy muszą w związku tym uwzględnić w wycenie przedstawionej oferty okres realizacji umowy przez 20 miesięcy.”

W ocenie składu orzekającego, analiza powołanych wyjaśnień pozwala jednoznacznie stwierdzić, iż Zamawiający wskazał, iż wykonawcy w wycenie oferty muszą uwzględnić realizację umowy przez 20 miesięcy. Wyraźnie mowa tam o okresie realizacji umowy, nie zaś jak wywodziło to konsorcjum Newind o okresie realizacji jedynie usług opisanych w pozycji od 3a do 3c formularza cenowego. Faktem jest, iż w treści pytania skierowanego do Zamawiającego, wykonawca, który je zadał, wskazywał na brak pewności co do okresu realizacji powołanych usług z pozycji od 3a do 3c formularza cenowego, niemniej jednak Zamawiający udzielając odpowiedzi określił obowiązek przyjęcia na potrzeby wyceny, że okres realizacji całej umowy, a zatem wszystkich trzech etapów składających się na pełen zakres przedmiotu zamówienia, równa się 20 miesiącom. Jak to zostało wskazane bowiem w § 3 ust. 4 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ), wykonawcy zostali zobowiązani do zrealizowania przedmiotu zamówienia w trzech etapach: „4. Wykonawca jest zobowiązany do dostawy i eksploatacji ITS, o której mowa w § 2 Umowy w sposób następujący:

1) *Etap 1 – dostarczenie oraz zainstalowanie i skonfigurowanie ITS dla środowisk nieprodukcyjnych, o których mowa w Załączniku nr 1 – maksymalnie w ciągu 30 dni od dnia podpisania Umowy;*

2) *Etap 2 - dostarczenie oraz zainstalowanie i skonfigurowanie ITS dla środowisk produkcyjnych, o których mowa w Załączniku nr 1 – maksymalnie w ciągu 90 dni od dnia podpisania Umowy;*

3) *Etap 3 – obejmuje eksploatację (utrzymanie) ITS dostarczonej w ramach Etapu 1 i 2, o których mowa powyżej i trwa od odbioru Etapu 1, o którym mowa w pkt 1) powyżej potwierdzonego podpisaniem bez zastrzeżeń protokołu odbioru do dnia 10. 12.2014 r.”*

Zgodnie z wzorem formularza cenowego (załącznika nr 3 do SIWZ), usługi opisane w pozycjach od 3a do 3c zestawienia opisanego jako „Wynagrodzenie w ramach ceny za wykonanie całości przedmiotu zamówienia”, są usługami ujętymi w ramy etapu 3:

„3a – miesięczny koszt usług eksploatacji o których mowa w § 3 ust. 4 pkt 3) Umowy

3b – miesięczny koszt usług kolokacji o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 12 Umowy

3c – miesięczny koszt dzierżawy łącza o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt 9 i 10 Umowy”

Ponadto Zamawiający w § 3 ust. 8 i 9 postanowił co następuje:

8. Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia Centralnego oraz Zapasowego Ośrodka Przetwarzania Danych – od dnia zakończenia Etapu 2, o którym mowa w ust. 4 powyżej do dnia 10 grudnia 2014 r.

9. Wykonawca jest zobowiązany do zestawienia, zapewnienia łączy telekomunikacyjnych między Ośrodkami Przetwarzania Danych oraz łączy internetowych do Ośrodków Przetwarzania Danych - od dnia zakończenia Etapu 2, o którym mowa w ust. 4 powyżej do dnia 10 grudnia 2014 r.”

Pamiętać również należy, iż opisany w § 3 ust. 4 pkt 2) maksymalny termin realizacji etapu 2 mógł być przez każdego z wykonawców skrócony, maksymalnie o okres czterech tygodni. Wiązało się to z otrzymaniem większej ilości punktów w drugim obok ceny kryterium oceny ofert – „sposób realizacji umowy” (pkt VII.II.1.1-3 SIWZ, a także załącznik nr 1 do powoływanego powyżej formularza ofertowego). Obaj wykonawcy, tak konsorcjum PWPW, jak i konsorcjum Decsoft, zaoferowali minimalny termin (skrócony o 4 tygodnie) realizacji etapu 2. Zatem już z tego faktu wynika, iż nie jest możliwym określenie okresu realizacji samego etapu 3 na okres 20 miesięcy – jak zadeklarowali bowiem obaj wykonawcy w ich przypadku etap 2 będzie zrealizowany po ok. 2 miesiącach.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba doszła do wniosku, iż termin 20 miesięcy wskazany w odpowiedzi na pytanie nr 198 odnosi się do realizacji wszystkich trzech etapów, nie zaś tylko do poszczególnych usług składających się na etap trzeci. Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, że podnoszone przez konsorcjum Newind zarzuty zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego ofert złożonych przez konsorcjum PWPW i konsorcjum Decsoft nie zasługują na uznanie, nie zostało bowiem wykazane, aby okoliczności faktyczne, na które powoływał się Odwołujący w sprawie 809/13, zaistniały. Podkreślenia wymaga bowiem, iż konsorcjum Newind całe swoje odwołanie oparło na przekonaniu, iż okres 20 miesięcy jest właściwy dla usług z pozycji 3a-3c, nie zaś do wszystkich trzech etapów.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył, w każdej ze spraw, odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia, jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....