

Sygn. akt: KIO 1239/13

## WYROK

z dnia 7 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2013 r. przez wykonawcę **Qumak S.A., 00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. St. Dubois 5a,**

przy udziale wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., 01-687 Warszawa, ul. Lektykarska 29** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, odtajnienie ofert wykonawców **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., 01-687 Warszawa, ul. Lektykarska 29** oraz **Infovide-Matrix S.A., 02-460 Warszawa, ul. Gottlieba Daimlera 2** w zakresie załącznika nr 1 do formularza ofertowego, odrzucenie oferty wykonawcy **T..... S....., A..... S....., J..... M.....** prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod nazwą **Pixel Technology s.c. T..... S....., A..... S....., J..... M....., 90-441 Łódź, Al. Kościuszki 123,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. St. Dubois 5a** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Qumak S.A., 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. St. Dubois 5** na rzecz wykonawcy **Qumak S.A., 00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94**, kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 :** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup systemu informatycznego wspomagającego komórki Ministerstwa Zdrowia i podmioty prowadzące Szkolenia przy obsłudze umów rezydentur”.

Pismem z dnia 16 maja 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., z siedzibą w Warszawie [dalej także, jako „Pentacomp”]. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż z przedmiotowego postępowania wykluczył wykonawcę ITeam S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz wykonawcę Engave Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Wobec powyższych czynności w dniu 24 maja 2013 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”]:

- 1) art. 91 ust 1 ustawy Pzp – poprzez niezgodne z ustawą dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezawiadomienie Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz Pixel-Technology i błędne przyjęcie, że nieujęcie przez w/w podmioty w ofercie zmiany w opisie przedmiotu zamówienia i załączniku nr 1 do formularza ofertowego, dokonanej przez Zamawiającego w dniu 10.04.2013 r., nie powoduje istotnej zmiany treści oferty i Zamawiający uprawniony jest do poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie względem oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., która zawierała rażąco niską cenę,
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa,

- 6) art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy przedmiotowe wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 7) art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia treści ofert wykonawców ubiegających się o udział w postępowaniu oraz odmowę udostępnienia wykonawcy treści tych ofert w zakresie załącznika nr 1 do formularza ofertowego;
- 8) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie ofert pozostałych wykonawców, w których załącznik nr 1 do formularza ofertowego jest dokumentem jawnym;
- 9) art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że załącznik nr 1 do formularza ofertowego, zastrzeżony przez wymienionych wykonawców Postępowania, może być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności oceny ofert,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz:
  - odrzucenia oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. jako oferty nie spełniającej treści SIWZ, oraz oferty zawierającej rażąco niską cenę,
  - odrzucenia oferty Pixel-Teclnology jako oferty nie odpowiadającej treści SIWZ,
  - wykluczenie Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
  - wykluczenie Infovide – Matrix S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 4) ujawnienie ofert Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz Infovide – Matrix S.A. w zakresie załącznika nr 1 do formularza ofertowego oraz udostępnienie ich Odwołującemu do wglądu,
- 5) ujawnienie wyjaśnień Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny oraz udostępnienie ich odwołującemu do wglądu.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący podnosił, iż zamawiający nie powiadomił go, że w dniu 16.05.2013 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a informację o tym powziął ze strony internetowej zamawiającego. Dalej odwołujący

wskazywał, iż oferty złożone przez Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz Pixel-Technology nie odpowiadały treści SIWZ, w szczególności nie uwzględniały zmian w opisie przedmiotu zamówienia i załączniku nr 1 do formularza ofertowego, które zamawiający wprowadził pismem z dnia 10.04.2013 r. Wobec poprawienia przez zamawiającego treści ofert w/w wykonawców na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. odwołujący stwierdził, że „(...) poprawa treści ofert, które nie uwzględniały części wymagań zamawiającego jest niedopuszczalna i nie jest inną, nieistotną omyłką, którą można w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawić. Odwołujący podnosi, że ofertę złożoną przez wykonawców należy traktować, jako wiążące w tym zakresie oświadczenie woli podmiotu składającego ofertę. Z tego oświadczenia wynika, jakie konkretne produkty, (o jakich parametrach i w jakiej ilości) dany wykonawca oferuje zamawiającemu. W tym zakresie zamawiający nie jest uprawniony do zmiany tego oświadczenia (zmiany treści oferty), która modyfikowałaby pierwotne, wiążące oświadczenie woli wykonawcy.” Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający stawia określone wymagania, które wprowadza, jako zmiana treści SIWZ, winien następnie sprawdzić czy wymagania te zostały spełnione w ofertach złożonych przez Wykonawców. W ocenie odwołującego skoro zamawiający podejmuje się zmiany treści SIWZ, traktuje wprowadzoną zmianę jako istotną, wymaganą w ofertach wykonawców. Zdaniem odwołującego o nieistotności zmian dokonanych przez zamawiającego nie może również świadczyć wyliczona przez niego wartość brakujących kart. W ocenie odwołującego prawidłowe wyliczenie brakujących elementów powinno opiewać na kwotę 14.457, 52 zł co przy różnicy w cenach ofert odwołującego i Pixel-Technology wynoszącej 37,94 zł brutto stanowi o istotności dokonanej zmiany. Odwołujący podnosił również, iż oferta Pixel-Technology nie odpowiada treści SIWZ w zakresie oferowanej macierzy, gdyż zaoferowana przez tego wykonawcę macierz OceanStor S2200T nie ma możliwości rozszerzenia liczby kopii snapshot do min. 512, oraz ma podtrzymywanie pamięci Cache za pomocą baterii a nie jak wymagał zamawiający w oparciu o technologię flash. Dalej odwołujący kwestionował prawidłowość utajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. wskazując jednocześnie, iż cena zaproponowana przez tego wykonawcę jest ceną nierealną, niemożliwą do realizacji bez znacznej straty. Zdaniem odwołującego cena rażąco niska może także wynikać z faktu, że wybrany wykonawca nie ujął w swojej ofercie wszystkich wymogów, które po modyfikacji treści SIWZ miały składać się na przedmiot zamówienia. W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia ofert wykonawców co do załącznika nr 1 do formularza ofertowego oraz odmowy udostępnienia tych dokumentów odwołujący podnosił, iż zastrzeżone dokumenty nie mają szczególnego charakteru zawierającego niepowtarzalne dane danego przedsiębiorcy o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, nie zawierają informacji znanych tylko tym wykonawcom. Odwołujący wywodził, iż w załączniku nr 1 do formularza

ofertowego, wskazać należało tylko i wyłącznie producentów i typy oferowanych elementów infrastruktury sprzętowej i programowej. Zdaniem odwołującego w ofercie firmy Pentacomp występują elementy analogiczne jak w ofertach innych wykonawców przez co nie ma mowy o tajemnicy przedsiębiorstwa i know-how, co świadczy o tym, iż Pentacomp chcąc utrudnić innym wykonawcom wgląd do jego oferty celem weryfikacji jej poprawności wyjaśniając tajemnicę przedsiębiorstwa złożył oświadczenie nieprawdy. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz Infovide – Matrix S.A., nie spełniają wymogów zastrzeżenia ich poufności, albowiem nie zawierają takich informacji, które stanowią określoną wartość handlową dla w/w wykonawców. Zdaniem odwołującego wykaz sprzętu i oprogramowania oferowanych w postępowaniu w żaden sposób nie świadczy o wiedzy i doświadczeniu, jakie posiada wykonawca i nie ma żadnego znaczenia dla charakteru organizacyjnego przedsiębiorstwa wykonawców. W ocenie Odwołującego oświadczenie wykonawcy Pentacomp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, autorskiego rozwiązania i know – how odnoszone do wykazu sprzętu i oprogramowania należało potraktować jako nieprawdziwe informacje, mające na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie innym wykonawcom zapoznanie się z treścią oferty wykonawcy.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup systemu informatycznego wspomagającego komórki Ministerstwa Zdrowia i podmioty prowadzące Szkolenia przy obsłudze umów rezydentur”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 marca 2013 r., pod numerem 2013/S 056-092303.

Zgodnie z postanowieniami załącznika nr 1 SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, w pkt 5.2 Infrastruktura sprzętowo-systemowa zamawiający określił minimalne wymagania sprzętu będącego przedmiotem dostawy. W zakresie serwerów określił m.in., iż muszą one posiadać minimum 4 porty LAN typu 10/100/1000 z możliwością obsługi Stosu TCP/IP – TOE, wsparciem dla protokołu IPv6 oraz możliwością obsługi. W ramach dostawy przełączników FC wymagał aby Przełącznik był wyposażony w minimum 8 szt. wkładek FC SFP 8Gb SW, ponadto aby był w pełni zgodny z oferowanymi HBA FC w serwerach, oferowaną macierzą dyskową.

Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do podania m.in., cen serwera, przełącznika FC, macierzy dyskowej, licencji. W wykazie oferowanego sprzętu i oprogramowania stanowiącego załącznik nr 1 do formularza ofertowego wykonawcy zobowiązani byli do podania producenta/modelu, oferowanych przez wykonawcę parametrów oraz oświadczyć czy oferowany wyrób spełnia lub nie wymagania określone przez zamawiającego.

W dniu 10 kwietnia 2013 r., zamawiający odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców o treści:

„(...) w załączniku nr 1 do SIWZ w wymaganiach dla przełącznika FC w ust. 5 pkt 5.2 lit b) wiersz 7 tabeli Zamawiający specyfikuje cyt.: „Przełącznik musi być w pełni zgodny z oferowanymi HBA FC w serwerach, oferowaną macierzą dyskową”. Jednakże w wymaganiach dla serwerów nie ma jednoznacznego zapisu potwierdzającego ile i jakich kart FC ma być zainstalowanych w pojedynczym serwerze. W związku z powyższym prosimy o potwierdzenie czy intencją Zamawiającego jest podłączenie oferowanych serwerów z przedmiotowym przełącznikiem wykorzystując do tego porty FC przełącznika, co determinuje aby z każdym serwerem były dostarczone co najmniej 2 szt. jednoportowych karty FC i każdy port był o przepustowości min. 8Gb i był wyposażony w odpowiednie wkładki FC?”

wyjaśnił, iż wymaga, aby każdy serwer był dostarczony z minimum 2 sztukami kart FC. Każda karta FC powinna posiadać, co najmniej jeden port o przepustowości minimum 8 Gb wyposażony we wkładkę FC 8Gb. Jednocześnie w związku z udzieloną odpowiedzią zamawiający doprecyzował treść SIWZ w ten sposób, iż w zakresie minimalnych wymagań dotyczących serwerów uzupełnił opis poprzez dodanie do parametru „Porty” wymogu „Minimum 2 karty FC – każda o przepustowości min. 8 Gb. Każda z kart powinna posiadać minimum 1 port FC o przepustowości min. 8Gb wyposażony we wkładkę FC min. 8Gb.”

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) ITeam S.A. z siedzibą we Wrocławiu na kwotę 1.958.848,05 zł,
- 2) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 918.810,00 zł,
- 3) Engave Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.597.770,00 zł,
- 4) A. S....., J. M....., T. S..... Pixel-Technology s.c. z siedzibą w Łodzi na kwotę 1.449.194,68 zł
- 5) Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.449.241,35 zł,
- 6) LGBS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach na kwotę 2.339.451,87 zł,
- 7) Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.679.073,00 zł

Izba ustaliła, iż wykonawcy Infovide-Matrix S.A. oraz Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. zastrzegli, jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w załączniku nr 1 do formularza ofertowego tj. wykaz oferowanego sprzętu i oprogramowania.

Pismem z dnia 6 maja 2013 r., zamawiający zwrócił się do wykonawcy Infovide-Matrix S.A. o złożenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w m.in. wykazie oferowanego sprzętu i oprogramowania załączonego od oferty. Z analogicznym zapytaniem w tej samej dacie zamawiający zwrócił się do wykonawcy Pentacomp. Dodatkowo zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Pentacomp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

W zakreślonym terminie obaj wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia, przy czym wykonawca Pentacomp zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Pismem z dnia 14 maja 2013 r., zamawiający poinformował wykonawcę Pentacomp, o poprawieniu w ofercie tego wykonawcy innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 14 maja 2013 r., zamawiający poinformował wykonawcę Pixel-Technology, o poprawieniu w ofercie tego wykonawcy innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wykonawcy ci w zakreślonym terminie wyrazili zgodę na poprawienie omyłek.

Pismem z dnia 13 maja 2013 r., wykonawca Qumak S.A. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie utajnionej części w ofertach Pentacomp S.A. oraz Infovide-Matrix S.A. i umożliwienie wglądu do ich pełnej treści w zakresie załącznika nr 1 do formularza ofertowego. Pismem z dnia 14 maja 2013 r., zamawiający w odpowiedzi na wniosek poinformował, iż w związku z wyjaśnieniami udzielonymi przez wykonawców Pentacomp S.A. i InfovideMatrix S.A., podjął decyzję o nie odtajnieniu zastrzeżonego przez nich w swoich ofertach wykazu oferowanego sprzętu i oprogramowania.

Pismem z dnia 16 maja 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż z przedmiotowego postępowania wykluczył wykonawcę ITeam S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz wykonawcę Engave Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 24 maja 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., z siedzibą w Warszawie, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.



**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie omyłek w treści ofert wykonawców Pentacomp i Pixel-Technology i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Izby uwzględniając całokształt okoliczności w przedmiotowej sprawie istniały podstawy do zastosowania powyższego przepisu. Zdaniem Izby niezgodności w ofertach wykonawcy Pentacomp oraz Pixel-Technology sprowadzały się de facto do zastosowania uprzedniej wersji załącznika do formularza ofertowego. Wypełnienie tego załącznika sprowadzało się oprócz podania nazwy producenta oraz symbolu oferowanego urządzenia do potwierdzenia wymagań zamawiającego poprzez złożenie oświadczenia, co do jednoznaczności spełniania wymogu a nie co do ilości. Za uznaniem działań zamawiającego w tym zakresie za prawidłowe przemawia również fakt, iż zamawiający czynności poprawy treści ofert w/w wykonawców mógł dokonać samodzielnie bez udziału tych wykonawców. Izba stoi na stanowisku, iż w przedmiotowej sprawie oczywistość omyłek możliwa była do ustalenia na podstawie ofert gdyż uwzględniając oświadczenia w zakresie zaoferowanego przełącznika FC, że jest on w pełni zgodny z oferowanymi HBA FC w serwerach, oferowaną macierzą dyskową, nie budziło wątpliwości zamawiającego że zaoferowany serwer może być dostarczony tylko z minimum 2 sztukami kart FC. W ocenie Izby sposób poprawienia przez zamawiającego ofert

wykonawców Pentacomp oraz Pixel-Technology nie spowodował istotnych zmian treści tych ofert a mając na względzie fakt, że niezgodności wynikały wyłącznie z zastosowania niezaktualizowanego załącznika do formularza ofertowego należało uznać, iż zaszyły wszystkie przesłanki uzasadniające zastosowanie dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Pentacomp gdyż zawiera ona rażąco niską cenę Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez odwołującego. Za zasadnością powyższego zarzutu nie może przemawiać powoływanie się przez odwołującego na własne doświadczenie oraz odnoszenie się do ceny własnej oferty. Izba wskazuje, iż to na odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia, iż cena oferty Pentacomp nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Okoliczność tą Izba uznała za nieudowodnioną. Należy również wskazać, iż rozpatrując powyższy zarzut Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny złożone przez wykonawcę Pentacomp w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. W ocenie Izby wyjaśnienia te obalają domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Pentacomp. Jednocześnie należy w tym miejscu wskazać, iż wyjaśnienia te zastrzeżone zostały jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień wykonawcy Pentacomp w zakresie rażąco niskiej ceny Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę które wskazywały szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty poprzez odniesienie się do kosztów realizacji Etapu 1a, Etapu 1b, przyjęte zasady rozliczenia, koszty gwarancji, wreszcie koszty zakupu oferowanego sprzętu i oprogramowania ukazujące posiadane przez niego rabaty mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie sposób nie zgodzić się z przystępującym, iż informacje te mają wartość gospodarczą a przy uwzględnieniu zachowania poufności tych informacji poczynione przez Pentacomp zastrzeżenie należało uznać za prawidłowe. Tym samym zarzut Izba uznała, iż zarzut powyższy nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia treści ofert wykonawców ubiegających się o udział w postępowaniu oraz odmowę udostępnienia wykonawcy treści tych ofert w zakresie załącznika nr 1 do formularza ofertowego Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez odwołującego. W ocenie Izby informacje zawarte w załączniku nr 1 do formularza ofertowego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie sposób pominąć faktu, że zamawiający szczegółowo opisał swoje wymagania co do infrastruktury sprzętowo-systemowej. W ocenie Izby nie noszą znamion tajemnicy przedsiębiorstwa informacje wskazujące na producenta oraz model oferowanego sprzętu. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie pozostawił wykonawcom

dowolności w zakresie skomponowania infrastruktury sprzętowo-systemowej co mogłoby być uznane za know-how danego wykonawcy. Zdaniem Izby tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego. Za powyższym przemawia chociażby fakt, że wszyscy wykonawcy zaoferowali np. taki sam model serwera. Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób również uznać treści załącznika nr 1 do formularza ofertowego w zakresie kolumny „Oferowane parametry przez Wykonawcę”. Wykonawcy, którzy zastrzegli treść tego załącznika nie zawarli tam żadnych informacji, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż de facto przepisali we wzmiankowanej kolumnie informacje zawarte w kolumnie „Wymagane minimalne parametry określone przez zamawiającego”. Tym samym należało uznać, iż zamawiający dokonał błędnej oceny zastrzeżeń poczynionych przez wykonawców Pentacomp i Infovide-Matrix w zakresie utajnienia załącznika nr 1 do formularza ofertowego i winien był odtajnić treść ofert tych wykonawców we wskazanym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Pentacomp, gdyż złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mając wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie Izby złożenie przez Pentacomp wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi o złożeniu przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji do tego mających lub mogących mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Przyjęcie odmiennego stanowiska musiałoby prowadzić do uznania, że ze złożeniem nieprawdziwych informacji będziemy mieć do czynienia za każdym razem gdy zamawiający dojdzie do wniosku, że wyjaśnienia te są niewystarczające, nieprzekonujące i należy odtajnić zastrzeżone informacje. Stanowisko takie oczywiście nie znajduje żadnego uzasadnienia. W ocenie Izby, stan przekonania wykonawcy i wyjaśnienie dlaczego zastrzeżone informacje stanowią dla niego tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może przesądzać, że doszło do złożenia nieprawdziwych informacji gdyż złożone wyjaśnienia nie mogą stanowić obiektywnie niezgodnych z rzeczywistością danych. Są to jedynie przekonania, twierdzenia wykonawcy i jego ocena danych informacji a nie nieprawdziwe informacje. Tym samym Izba zarzut powyższy uznała za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pixel-Technology z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Bezspornym jest, iż wykonawca ten zaoferował macierz dyskową OceanStor S2200T, która jak wykazał odwołujący nie

odpowiada minimalnym wymagom określonym przez zamawiającego. Z przedłożonych przez odwołującego na rozprawie dowodów niezbieżnie wynika, iż zaoferowana przez Pixel-Technology macierz dyskowa nie ma możliwości rozszerzenia liczby kopii snapshot do min. 512, oraz ma podtrzymywanie pamięci Cache za pomocą baterii a nie jak wymagał zamawiający w oparciu o technologię flash. Tym samym należało odrzucić ofertę tego wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ czego zamawiający zaniechał. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że uwzględnienie powyższego zarzutu nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Uwzględniając fakt, iż oferta wykonawcy Pixel-Technology została sklasyfikowana na drugiej pozycji oraz biorąc pod uwagę dyspozycję art. 94 ust. 3 ustawy Pzp dokonana przez zamawiającego ocena ofert nie mogła się ostać.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Pentacomp jak i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Pzp gdyż wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano zgodnie z ustawą. Jednocześnie uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 gdyż jak wynika z dokumentacji zamawiający poinformował wszystkich wykonawców w tym i odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Niemniej biorąc pod uwagę stwierdzone naruszenia, Izba uznała że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp gdyż zamawiający nie prowadzi postępowania z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w dziale VI przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym Izba pominęła w rozważaniach zarzut naruszenia art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że załącznik nr 1 do formularza ofertowego, zastrzeżony przez wykonawców Pentacomp i Infovide-Matrix, może być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa gdyż nie wskazuje on na naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, uznając, iż stwierdzone naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania 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).

**Przewodniczący :** .....