

Sygn. akt: KIO 2346/14

WYROK
z dnia 28 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2014 r. przez wykonawcę **ASEC S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Olszańska 5, 31-513 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. Głowackiego 56, 30-085 Kraków**

przy udziale:

1. wykonawcy **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2346/14 po stronie zamawiającego
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Unicard S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Łagiewnicka 54, 30-417 Kraków (lider) i AMG.net. S.A. z siedzibą w Łodzi, ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2346/14 po stronie zamawiającego
3. wykonawcy **T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Św. Antoniego 7, 50-073 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2346/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ASEC S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Olszańska 5, 31-513 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ASEC S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Olszańska 5, 31-513 Kraków** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Małopolska Karta Aglomeracyjna - System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim z podziałem na części: Część I - Budowa systemu zarządzania transportem zbiorowym na terenie Województwa Małopolskiego. Część II - Budowa systemu informacji pasażerskiej na trasach Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 lipca 2014 r., nr 2014/S 132—236999.

W dniu 29 października 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę ASEC S.A. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Unicard S.A. z siedzibą w Krakowie i AMG.net S.A. z siedzibą w Łodzi, zwanych dalej „konsorcjum Unicard”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 7 listopada 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 7 listopada 2014 r.) od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego polegającej na:

1. zaniechaniu odtajnienia informacji zastrzeżonych jako poufne przez wykonawcę T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „wykonawcę – Systems” tj.:
 - a. pkt. 5 na stronie 4 formularza oferty, który określa podwykonawców, na których zasoby wykonawca T- Systems powołuje się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu
 - b. wykazu usług wykonanych przez wykonawcę T-Systems, który to wykaz potwierdza spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu
 - c. dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, o których mowa w lit.(b) powyżej
 - d. dokumentów zawierających zobowiązania podwykonawców, na których zasoby wykonawca T-Systems powołuje się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu, do udostępnienia takich zasobów wykonawcy T-Systems, wraz z załączonymi dokumentami

2. zaniechaniu odtajnienia informacji zastrzeżonych jako poufne przez konsorcjum Unicard, tj.:
 - a. pełnego wykazu usług wykonanych przez konsorcjum Unicard, który to wykaz potwierdza spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu
 - b. dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wszystkich usług, o których mowa w lit.(a) powyżej
 - c. pełnego wykazu podwykonawców, na których zasoby konsorcjum Unicard powołuje się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu
 - d. dokumentów zawierających zobowiązanie podwykonawcy (innego niż Bull Polska), na których zasoby konsorcjum Unicard powołuje się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu, do udostępnienia takich zasobów konsorcjum Unicard, wraz z załączonymi dokumentami
 - e. wyceny stanowiącej załącznik do oferty
 - f. załącznika do pisma zamawiającego z dnia 13 października 2014 r. skierowanego do tego wykonawcy a dotyczącego poprawienia przez zamawiającego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty
3. unieważnieniu przez zamawiającego odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę T-Systems i konsorcjum Unicard, mimo że ustawa nie przewiduje trybu unieważnienia przez zamawiającego swojej własnej uprzedniej czynności
4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy T-Systems mimo, iż jest ona niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”, przygotowaną przez zamawiającego dla celów tego postępowania, zawiera błędy w obliczeniu ceny, co obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy T-Systems zgodnie z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp oraz mimo, że wykonawca T-Systems nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp
5. zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Unicard S.A. z siedzibą w Krakowie (Unicard) i AMG.net S.A. z siedziba w Łodzi (AMG), dalej łącznie zwanych Konsorcjum Unicard, mimo że oferta Konsorcjum Unicard jest niezgodna z SIWZ oraz mimo, że konsorcjum Unicard nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

6. wyborze oferty konsorcjum Unicard jako oferty najkorzystniejszej, mimo że oferta konsorcjum Unicard powinna zostać odrzucona zgodnie z postanowieniami art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zmianami) oraz art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i po pierwsze unieważnienie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę T-Systems i konsorcjum Unicard, mimo, że informacje te nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy T-Systems lub członków konsorcjum Unicard, jako że stanowią materiały postępowania pozwalające innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu na weryfikację ofert wykonawcy T-Systems i konsorcjum Unicard; a po drugie nieujawnienie powyższych informacji po przeprowadzeniu dodatkowego postępowania wyjaśniającego zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 29 września 2014 r.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy T-Systems w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy była sprzeczna z SIWZ, zawierała błędy w obliczeniu ceny oraz wykonawca T-Systems nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Unicard w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ oraz konsorcjum Unicard nie spełnia warunków udziału w postępowaniu
4. art. 91 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wybór oferty konsorcjum Unicard jako najkorzystniejszej oferty mimo że konsorcjum Unicard podlegało wykluczeniu z postępowania a oferta tego wykonawcy powinna zostać uznana za odrzuconą.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu usunięcia popełnionych przez zamawiającego naruszeń przepisów ustawy Pzp poprzez:

1. nakazanie zamawiającemu odtajnienia następujących informacji dotyczących wykonawcy T-Systems, tj.:
 - a. informacji znajdujących się w pkt. 5 na stronie 4 formularza oferty, który określa podwykonawców, na których zasoby wykonawcy T-Systems powołuje się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu

- b. wykazu usług wykonanych przez wykonawcę T-Systems, który to wykaz potwierdza spełnianie przez tego wykonawcę T-Systems warunków udziału w postępowaniu
 - c. dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, o których mowa w lit.(b) powyżej
 - d. dokumentów zawierających zobowiązania podwykonawców, na których zasoby wykonawcy T- Systems powołuje się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu, do udostępnienia takich zasobów przez tego wykonawcę, wraz z załączonymi dokumentami
2. nakazanie zamawiającemu odtajnienia następujących informacji dotyczących konsorcjum Unicard, tj.:
 - a. pełnego wykazu usług wykonanych przez konsorcjum Unicard, który to wykaz potwierdza spełnianie przez tego wykonawców warunków udziału w postępowaniu
 - b. dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wszystkich usług, o których mowa w lit.(a) powyżej
 - c. pełnego wykazu podwykonawców, na których zasoby konsorcjum Unicard powołuje się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu
 - d. dokumentów zawierających zobowiązanie podwykonawcy (innego niż Bull Polska), na których zasoby konsorcjum Unicard powołuje się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu, do udostępnienia takich zasobów konsorcjum Unicard, wraz z załączonymi dokumentami
 - e. wyceny stanowiącej załącznik do oferty
 - f. załącznika do pisma zamawiającego z dnia 13 października 2014 r. skierowanego do konsorcjum Unicard dotyczącego poprawienia przez zamawiającego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty
3. umożliwienie wykonawcom biorącym udział w postępowaniu na zapoznanie się z odtajnionymi materiałami przed zawarciem przez zamawiającego umowy z konsorcjum Unicard
4. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy T-Systems jako niezgodnej z SIWZ, zawierającej błędy w obliczeniu ceny oraz ze względu na fakt, że wykonawca T-Systems podlega wykluczeniu z postępowania
5. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum Unicard jako, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ oraz ze względu na fakt, że konsorcjum Unicard podlega wykluczeniu z postępowania

6. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty konsorcjum Unicard jako oferty najkorzystniejszej
7. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty po udzieleniu oferentom dostępu do odtajnionych dokumentów przez okres co najmniej 14 dni roboczych od terminu ich odtajnienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż:

Odnośnie zarzutu zaniechania odtajnienia określonych dokumentów w ofertach: wykonawcy T-Systems i konsorcjum Unicard odwołujący podniósł m.in., iż gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to przede wszystkim odtajniłby dokumenty złożone przez wykonawcę T-Systems i konsorcjum Unicard wraz z ich ofertami, pozwalające na weryfikację zgodności tych ofert z SIWZ i ewentualne podniesienie przez odwołującego zarzutów, dodatkowych do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wobec tych ofert i w konsekwencji na ich odrzucenie. W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego nic, co jest istotne dla weryfikacji czy wykonawca T-Systems i konsorcjum Unicard spełniają warunki udziału w postępowaniu nie zostało ujawnione. Kwestie, które powinny być poddane publicznej weryfikacji zostały utajnione bez podania przekonywującego powodu. Najbardziej zdumiewające jest to, iż zamawiający, który w dniu 25 września 2014 r. odtajnił wszystkie informacje dotyczące wykonawcy T-Systems i konsorcjum Unicard, a potwierdzające czy podmioty te spełniają warunki udziału w postępowaniu, powołując się na to, że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie bez słowa wyjaśnienia, ponownie utajnił te informacje. Taki sposób działania, zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, których oferty uzyskały najwyższą punktację, budzi ogromne wątpliwości co do tego czy postępowanie było prowadzone zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, transparentności i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący doręczył zamawiającemu pismo, w którym wezwał zamawiającego do odtajnienia części ofert konsorcjum Unicard i wykonawcy T-Systems. W związku z faktem, iż do dnia 20 października 2014 roku, zamawiający nie dokonał odtajnienia informacji zgodnie z wnioskiem odwołującego doręczonym w dniu 12 września 2014 roku, w tym samym dniu odwołujący wezwał zamawiającego do pilnego udzielenia informacji, w jaki sposób zamawiający rozstrzygnął o wniosku odwołującego w sprawie odtajnienia niektórych informacji zawartych w ofercie wykonawcy T-Systems oraz Konsorcjum Unicard. W odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiający odpowiedział, iż wszelkie czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu od dnia otwarcia ofert do dnia rozstrzygnięcia postępowania są tajne i nie zostaną ujawnione odwołującemu. Zamawiający wprost stwierdził, iż w trakcie postępowania, a więc przed wyborem oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniem postępowania, nie będzie udzielał odwołującemu żadnych informacji,

odpowiadał na żadne pytania ani wnioski o dokonanie konkretnych czynności. Zamawiający jednocześnie wskazał, iż cała dokumentacja dotycząca czynności podejmowanych przez niego będzie ujawniona odwołującemu po rozstrzygnięciu postępowania lub jego unieważnieniu i dopiero w tym terminie odwołujący będzie się mógł z nią zapoznać. Dlatego też odwołujący nie podjął żadnych czynności, wierząc, iż jego wnioski zostaną uwzględnione przez zamawiającego.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy T-Systems odwołujący podniósł, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w którym wykonawca ten oświadcza, iż całe zamówienie zostanie wykonane przez podwykonawców, podczas, gdy SIWZ określa, iż wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (pkt I ppkt9 SIWZ). Nadto dodał, iż oferta tego wykonawcy dodatkowo powinna zostać odrzucona jako, że zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Podniósł także, iż ze względu na niemożność stwierdzenia czy wykonawca T-Systems spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo że informacje tego dotyczące powinny być jawne, jest bardzo prawdopodobne, że wykonawca ten nie spełnia tych warunków.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Unicard odwołujący zakwestionował usługi zrealizowane przez BULL Polska na zasoby którego konsorcjum Unicard się powołuje a także usługę zrealizowaną przez wykonawcę Unicard na rzecz PKS w Lubinie. Podniósł także, iż możliwe jest, iż inne usługi wykonane przez konsorcjum Unicard i opisane w wykazie usług lub usługi świadczone przez drugi podmiot, na zasobach którego opiera się konsorcjum Unicard spełnia wymogi SIWZ, jednakże tego odwołujący nie był w stanie tego stwierdzić, ze względu na nieuprawnione zatajenie tych informacji przez konsorcjum Unicard.

Nadto dodał, iż oferta konsorcjum Unicard powinna zostać odrzucona, ponieważ jest ona niezgodna z SIWZ, co stwierdził sam zamawiający w piśmie z dnia 13 października 2014 r., gdzie poinformował konsorcjum Unicard o poprawieniu innej „omyłki” polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Istota omyłki i sposób jej poprawienia zostały utajnione, lecz ma on uzasadnione podejrzenie, że powodowała ona istotne zmiany w treści oferty.

W dniu 10 listopada 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców: wykonawcę T-Systems, konsorcjum Unicard oraz wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „wykonawcą Comarch”, do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 12 listopada 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca T-Systems zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 13 listopada 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Comarch zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 13 listopada 2014 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Unicard zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Odwołujący cofnął na rozprawie zarzuty dotyczące konsorcjum Unicard („odrzućenia oferty konsorcjum Unicard”), a opisane na stronie 9 i 10 uzasadnienia i dotyczące niespełniania warunku udziału w postępowaniu (doświadczenia wykonawcy), wskazując iż wykazywane usługi zrealizowane przez Bull Polska i wykonawcę Unicard na rzecz PKS w Lublinie nie budzą jego wątpliwości i potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty zaniechania odtajnienia określonych informacji zastrzeżonych jako poufne w ofertach wykonawcy T-Systems i konsorcjum Unicard podlegają odrzuceniu jako wniesione po upływie terminu.

Izba ustaliła, iż odwołujący w dniu 10 września 2014 r. zapoznał się z treścią ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym ofert wykonawców: T-Systems i konsorcjum Unicard.

Odwołujący w dniu 12 września 2014 r. (pismem z dnia 11 września 2014 r.) złożył wniosek o odtajnienie zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa części ofert wykonawców: T-Systems i konsorcjum Unicard.

W dniu 15 września 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców, w tym wykonawcę T-Systems i konsorcjum Unicard do wyjaśnienia w kontekście art. 8 ustawy Pzp zasadności zastrzeżenia zakazu udostępniania wskazanych w piśmie informacji.

Odpowiedzi na wezwania do wyjaśnienia treści dokumentów otrzymał w dniu 18 września 2014 r. od wykonawcy T-Systems i konsorcjum Unicard.

W dniu 25 września 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców, w tym wykonawcę T-Systems i konsorcjum Unicard o odtajnieniu określonych informacji zawartych w ofertach tych wykonawców.

W dniu 26 września 2014 r. wykonawca T-Systems wezwał zamawiającego do zaniechania niedozwolonych działań w trybie art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegających na pozbawieniu klauzuli niejawności określonych informacji zawartych w ofercie tego wykonawcy.

Pismem z dnia 29 września 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców, w tym wykonawcę T-Systems i konsorcjum Unicard, o unieważnieniu czynności odtajnienia w stosunku do niektórych z informacji zawartych w ofertach tych wykonawców

W dniu 16 października 2014 r. odwołujący zapoznał się z treścią oferty konsorcjum Unicard.

W dniu 23 października 2014 r. wpłynęło do zamawiającego pismo odwołującego z dnia 20 września 2014 r., w którym wykonawca ten wniósł o informację jak został rozpatrzony wniosek o odtajnienie części oferty złożonej przez wykonawcę T-Systems i konsorcjum Unicard. W piśmie tym podniósł m.in., iż „odtajnione przez zamawiającego dokumenty dotyczące oferty konsorcjum Unicard nie pozwalają na potwierdzenie czy konsorcjum to spełnia warunki udziału w postępowaniu”. Nadto dodał, iż „konieczne jest odtajnienie całego wykazu usług wykonanych przez konsorcjum Unicard i AMG net lub przez wykonawców, na których zasobach opiera się to konsorcjum”.

Zamawiający, pismem z dnia 24 października 2014 r., poinformował odwołującego, iż „dokumentacja postępowania jest jawna od momentu rozstrzygnięcia postępowania (za wyjątkiem ofert, które są jawne od momentu ich otwarcia), (...). Cała dokumentacja dotycząca czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w toku prowadzonego postępowania będzie jawna po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania (...)..”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wskazanych w odwołaniu dokumentów w ofercie wykonawcy T-Systems i konsorcjum Unicard został podniesiony po upływie terminu

przewidzianego na jego wniesienie. Istotnie odwołujący w dniu 10 września 2014 r. powziął informację jedynie o tym, że w ofercie wykonawcy T-Systems i konsorcjum Unicard znajdują się dokumenty oznaczone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie miał jednak wiedzy czy zamawiający dokonał weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia, czy też takiej weryfikacji dopiero dokona. Odwołujący ponownie zapoznał się z ofertą konsorcjum Unicard w dniu 16 października 2014 r. i w dniu tym niewątpliwie powziął już informację, że była ona weryfikowana przez zamawiającego pod kątem zasadności zastrzeżenia określonych informacji w ofercie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe przyznał i sam odwołujący w treści pisma z dnia 20 października 2014 r. (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 23 października 2014 r.), podnosząc iż „odtajnione przez zamawiającego dokumenty dotyczące oferty konsorcjum Unicard nie pozwalają na potwierdzenie czy konsorcjum to spełnia warunki udziału w postępowaniu”. Faktycznie zamawiający nie informował odwołującego o wyniku weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy T-Systems i konsorcjum Unicard. Przepisy prawa nie nakładają jednak na zamawiającego takiego obowiązku. Niemniej jednak odwołujący powziął wówczas wiedzę o tym, że określone informacje zostały przez zamawiającego uznane za bezskutecznie zastrzeżone, w konsekwencji czego zostały odtajnione. Natomiast pozostałe nadal objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa. Tak więc, w tym konkretnym stanie faktycznym, termin na wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu należy liczyć od daty ponownego zapoznania się przez odwołującego z ofertą konsorcjum Unicard, tj. od dnia 16 października 2014 r. To bowiem w tej dacie odwołujący powziął informacje o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia jego odwołania, tj. o fakcie, iż zamawiający odmawia mu udostępnienia części ofert, które w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powinny być jawne, jak również o tym, iż dokonał on badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym termin na podniesienie zarzutów zaniechania przez zamawiającego odtajnienia określonych informacji, liczony według przepisu art. 182 ust. 3 Pzp („odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 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”), upływał już w dniu 26 października 2014 r. Dlatego też zarzuty podniesione w odwołaniu wniesionym w dniu 7 listopada 2014 r. a dotyczące zaniechania odtajnienia wskazanych w odwołaniu dokumentów należy uznać za wniesione po upływie terminu.

Na marginesie należy przy tym dodać, iż wykonawca (w tym przypadku odwołujący), działający z należytą starannością powinien podejmować w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności chroniące jego interesy we właściwym czasie i za pomocą właściwych, przewidzianych prawem środków, tj. środków ochrony prawnej.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy T-Systems na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale I „Przedmiot zamówienia”, pkt 9 „Informacje w zakresie podwykonawstwa” podał m.in., iż „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcy”, „Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia ani prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją” oraz „Wykonawca wskaże w ofercie część zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć Podwykonawcom oraz poda nazwy (firmy) Podwykonawców, na których zasoby Wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy PZP w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP”.

Jednocześnie w formularzu „Oferty”, stanowiącym załącznik nr 2.1. do SIWZ, w punkcie 4.8. zamieścił następującą treść:

„przedmiot zamówienia:

- zrealizujemy siłami własnymi*
- zamierzamy zrealizować z udziałem Podwykonawców w zakresie całości zamówienia*

UWAGA – W przypadku, gdy Wykonawca nie wypełni powyższego punktu, Zamawiający uzna, iż Wykonawca zamierza wykonać całość zamówienia bez udziału Podwykonawców.”.

Wykonawca T-Systems w formularzu „Oferty” (str. 3) oświadczył w punkcie 4.8., iż „przedmiot zamówienia (...) zamierzamy zrealizować z udziałem Podwykonawców w zakresie całości zamówienia”.

Odwołujący podniósł, iż oferta wykonawcy T-Systems powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ w zakresie w jakim wykonawca ten oświadczył, iż całe zamówienie zostanie wykonane przez podwykonawców.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający, co jest niewątpliwe, nie wyłączając możliwości udziału podwykonawców w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia w jakimkolwiek zakresie, dopuścił w treści SIWZ możliwość zrealizowania z udziałem podwykonawców całości zamówienia. Wynika to zarówno z treści rozdziału I, punkt 9, w którym zamawiający rzeczywiście zacytował treść art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, jak i treści formularza „Oferty”, w którym to jednoznacznie dopuścił możliwość zrealizowania z udziałem podwykonawców całości zamówienia, żądając złożenia oświadczenia czy wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia siłami własnymi, czy też z udziałem podwykonawców w zakresie całości zamówienia. Skoro więc wykonawca T-Systems oświadczył, zresztą zgodnie z jedną z możliwości przewidzianych przez zamawiającego, iż zrealizuje przedmiot zamówienia z

udziałem podwykonawców w zakresie całości zamówienia, nie można mu z tego tytułu stawiać zarzutu. Wykonawca zachował się bowiem zgodnie z wymogami zamawiającego i przepisami prawa, deklarując powierzenie wykonania zamówienia w całości przez podwykonawców. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy T-Systems na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający poza podaniem w treści formularza „Oferta” oferowanej przez wykonawcę ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia wymagał także wypełnienia załącznika nr 2.1.1. do SIWZ „Wycena”.

Zamawiający, pismem z dnia 13 października 2014 r., działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dokonał poprawy innej omyłki w ofercie tego wykonawcy polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Wykonawca T-Systems, pismem z dnia 14 października 2014 r., wyraził zgodę na poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści jego oferty.

Odwołujący podniósł, iż oferta wykonawcy T-Systems powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jako że zawiera błędy w obliczeniu ceny. Wskazał na to, iż cena jednostkowa karty podana w formularzu wyceny to 7,7 zł, a jako wartość całkowita wpisana jest kwota 615.000 zł, a w rzeczywistości $7,7 \times 80.000$ daje 616.000 zł i ta kwota stanowi poprawnie wyliczoną cenę.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający, pismem z dnia 13 października 2014 r., dokonał, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w treści oferty wykonawcy T-Systems poprawy innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, która to czynność nie była kwestionowana przez odwołującego. Niezgodność ta faktycznie więc istniała. A ponieważ niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może stanowić również błąd w obliczeniu ceny, to jako taki podlega on ewentualnemu poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. I niewątpliwie błąd ten został poprawiony. Tak więc – jak słusznie podniósł zamawiający – wskazywana przez odwołującego rozbieżność kwotowa w ofercie wykonawcy T-Systems w dniu wniesienia odwołania już nie istniała. A tylko tę bezsporną rozbieżność odwołujący kwestionował. Tym samym podnoszony przez odwołującego zarzut dotyczący błędu w obliczeniu ceny na skutek poprawienia w tym zakresie oferty wykonawcy T-Systems, która to czynność nie była kwestionowana, stał się bezprzedmiotowy.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy T-Systems na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący poza postawieniem zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy T-Systems z uwagi na to, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu nie podał żadnych argumentów okoliczność tę uzasadniających. Wskazał jedynie, iż „jest prawdopodobne”, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym Izba wobec niesprecyzowania, których to warunków udziału w postępowaniu i dlaczego wykonawca nie spełnia, mimo, iż ciężar dowodu spoczywa na odwołującym, uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Unicard na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący poza postawieniem zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Unicard „w sytuacji, gdy oferta konsorcjum Unicard jest niezgodna z treścią SIWZ oraz konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu” nie podał żadnych argumentów uzasadniających tak postawionych zarzutów.

A ponadto odwołujący wycofał zarzuty dotyczące konsorcjum Unicard („odrzucenia oferty konsorcjum Unicard”), a opisane na stronie 9 i 10 uzasadnienia i dotyczące niespełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (zrealizowanych przez wykonawcę Bull Polska i wykonawcę Unicard na rzecz PKS w Lublinie), stwierdzając jednocześnie, iż przedmiotowe usługi nie budzą jego wątpliwości i potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zaznaczył przy tym, iż „możliwe, iż inne usługi” tych warunków nie potwierdzają. Nie podał jednak żadnych dowodów potwierdzających tak lakonicznie postawione zarzuty. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Unicard na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający poza podaniem w treści formularza „Oferta” oferowanej przez wykonawcę ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia wymagał także wypełnienia załącznika nr 2.1.1. do SIWZ „Wycena”.

Zamawiający, pismem z dnia 13 października 2014 r., działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dokonał poprawy innej omyłki w ofercie tego wykonawcy polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Konsorcjum Unicard, pismem z dnia 14 października 2014 r., wyraził zgodę na poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści jego oferty.

Odwołujący podniósł, iż oferta wykonawcy Unicard powinna zostać odrzucona, ponieważ jest ona niezgodna z treścią SIWZ, co stwierdził sam zamawiający w piśmie z dnia 13 października 2014 r., gdzie poinformował konsorcjum Unicard o poprawieniu innej omyłki

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający, pismem z dnia 13 października 2014 r., dokonał, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w treści oferty konsorcjum Unicard poprawy innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, która to czynność nie była kwestionowana przez odwołującego. Niezgodność ta faktycznie więc istniała. A ponieważ niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może stanowić również błąd w obliczeniu ceny, to jako taki podlega on ewentualnemu poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. I niewątpliwie błąd ten został poprawiony. Tak więc – jak słusznie podniósł zamawiający – wskazywana przez odwołującego rozbieżność kwotowa w ofercie konsorcjum Unicard w dniu wniesienia odwołania już nie istniała. A tylko tę bezsporną rozbieżność odwołujący kwestionował. Tym samym podnoszony przez odwołującego zarzut dotyczący błędu w obliczeniu ceny na skutek poprawienia w tym zakresie oferty konsorcjum Unicard, która to czynność nie była kwestionowana, stał się bezprzedmiotowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony i przystępującego na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: