

Sygn. akt: KIO 2523/14

POSTANOWIENIE
z dnia 11 grudnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, w Warszawie, w dniu 11 grudnia 2014 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2014 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Dworcowej 83, 85-009 Bydgoszcz (pełnomocnik) Maxtro Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Reduta 5, 31-421 Kraków

w postępowaniu prowadzonym przez Zmawiającego Skarb Państwa - Izbę Skarbową w Bydgoszczy przy ulicy Warmińskiego 18, 85-950 Bydgoszcz

przy udziale GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w Zielonej Górze zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Dworcowej 83, 85-009 Bydgoszcz (pełnomocnik) Maxtro Sp. zo.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Reduta 5, 31-421 Kraków i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Dworcowej 83, 85-009 Bydgoszcz (pełnomocnik) Maxtro Sp. zo.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Reduta , 31-421 Kraków tytułem 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa - Izbę Skarbową w Bydgoszczy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej „ustawa”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego dla izb skarbowych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 2 lipca 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 124-220584.

29 listopada 2014 roku wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby odwołań wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Dworcowej 83, 85-009 Bydgoszcz (pełnomocnik) Maxtro Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Reduta 5, 31-421 Kraków.

1. Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy wniósł odwołanie w zakresie części I Zamówienia:
 - 1) na zaniechanie wykonania wyroku KIO z dnia 18 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2307/14, rozumianego jako sentencja wraz z uzasadnieniem, przez zaniechanie odtajnienia raportów z badań wykonanych dla sprzętu PC-A11 in One (Dell OptiPlex 9020 AiO), PC-Stacja robocza I (Dell OptiPlex 9020 MT) oraz PC - Stacja robocza II (Dell OptiPlex 3020 MT), złożonych przez GALAXY Systemy Informatyczne sp. w o.o. w Zielonej Górze (dalej także jako: Wykonawca GALAXY), w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, za pismem z dnia 20 października 2014 r.;
 - 2) na czynność ponownego badania i oceny ofert w części I Zamówienia, w ramach której Zamawiający uznał, iż Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą GALAXY złożył ofertę ważną, nie podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;
 - 3) na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę GALAXY na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), z tego powodu, iż raporty z badań wykonane dla sprzętu PC-Ali in One (Dell OptiPlex 9020 AiO), PC-Stacja robocza I (Dell OptiPlex 9020 MT) oraz PC - Stacja robocza II (Dell OptiPlex 3020 MT), złożone przez Wykonawcę GALAXY - przeprowadzone zostały na konfiguracji niezgodnej z zaoferowaną konfiguracją sprzętu wymaganą w SIWZ;
 - 4) na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonaną w dniu 19 listopada 2014 roku polegającą na wyborze oferty Wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze.

Odwołujący kwestionował czynności i zaniechania Zamawiającego wskazane w pkt 1) z tego powodu, iż Zamawiający zaniechał wykonania wyroku KIO z dnia 18 listopada 2014 r. sygn. akt 2307/14 w zakresie w jakim wyrokiem tym zostało uznane, że dokumenty wymienione w pkt. 1.1. Odwołania są jawne i nie podlegające zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący kwestionował działania i zaniechania Zamawiającego, który zaniechał weryfikacji podstaw do zastrzeżenia dokumentów wymienionych w pkt 1.1 odwołania jako tajemnicy przedsiębiorstwa i całkowicie bezpodstawnie uznał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy GALAXY. Podczas rozprawy w dniu 18 listopada 2014 r. przed KIO w sprawie o sygn. akt 2307/14 Zamawiający oświadczył, iż jego zdaniem poza wynikiem badań, nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił, iż ww. dokument, który pozostał tajny, potwierdza, iż oferta Wykonawcy GALAXY podlega odrzuceniu, bowiem raport został przeprowadzony na innej konfiguracji sprzętu niż zaoferowany, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy Odwołujący wskazuje, że czynnościami oraz zaniechaniami Zamawiający naruszył:

- 1) art. 197 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykonania wyroku KIO z dnia 18 listopada 2014 r. sygn. akt 2307/14, rozumianego jako treść sentencji wraz z uzasadnieniem;
- 2) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia części oferty Wykonawcy GALAXY (dokumenty wymienione w pkt I ppkt. 1 Odwołania), pomimo że dokument ten nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz został uznany za dokument jawny, na podstawie wyroku KIO z dnia 18 listopada 2014 r. sygn. akt 2307 /14;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z powodu niezgodności treści oferty złożonej przez tego Wykonawcę z treścią SIWZ;
- 4) art. 7 ustawy - w przedmiocie działań i zaniechań Zamawiającego opisanych w pkt I Odwołania, w tym przez bezpodstawne przyjęcie, iż Wykonawca GAL AXY złożył ofertę jawną, ważną, niepodlegającą odrzuceniu i dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą ważną i przez to najkorzystniejszą oraz przez nierówne traktowanie Odwołującego i Wykonawcy GALAXY, bowiem Zamawiający ocenił jako zgodne z treścią SIWZ raporty z badań tego Wykonawcy głośności przeprowadzone na sprzęcie komputerowym o innej konfiguracji niż zaoferowana, zgodnie z wymaganiami SIWZ;
- 5) art. 91 i 92 ustawy przez dokonanie wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą na podstawie kryterium oceny ofert określonego w pkt XIV SIWZ, w konsekwencji nieuprawnionego przyjęcia, iż oferta złożona przez Wykonawcę GALAXY jest ofertą ważną oraz nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego, która jest ofertą ważną i najkorzystniejszą z ofert złożonych w tym postępowaniu.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykonania wyroku KIO z dnia 18 listopada 2014 r. sygn. akt 2307/14 w zakresie uznającym dokumenty wymienione w pkt 1.1. odwołania jako jawne, nie podlegające zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 3) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy GALAXY jako oferty najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym zbadanie czy dokumenty wymienione w pkt 1.1 Odwołania dotyczą badania głośności przeprowadzonego na komputerach o takiej konfiguracji jak oferowana, zgodnie z wymaganiami SIWZ;
- 5) odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę GALAXY jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, w zakresie w jakim dokumenty wymienione w pkt. 1.1 Odwołania dotyczą badania głośności przeprowadzonego na komputerach o innej konfiguracji niż oferowana, zgodnie z SIWZ;
- 6) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród ofert ważnych, nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący, na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów : 1. z akt sprawy o sygn. akt KIO 2307/14 - dokument protokół z rozprawy z dnia 18 listopada 2014 r. - na okoliczność: a. potwierdzenia przez Zamawiającego, iż raport głośności miał być przeprowadzony na oferowanej konfiguracji, zgodnie z wymaganiami SIWZ, - raportów z badań wykonanych dla sprzętu PC-A11 in One (Dell OptiPlex 9020 AiO), PC-Stacja robocza I (Dell OptiPlex 9020 MT) oraz PC - Stacja robocza II (Dell OptiPlex 3020 MT), złożonych przez GALAXY Systemy Informatyczne sp. w o.o. w Zielonej Górze - na okoliczność: b. potwierdzenia, że ww. raporty z badań wykonane zostały na sprzęcie w konfiguracji innej niż zaoferowana, zgodnie z wymaganiami SIWZ, c. z przesłuchania Zamawiającego oraz zeznań świadków - członków Komisji: A. G., J. D., G. K., M. B. - na okoliczność: potwierdzenia, że ww. raporty z badań wykonane zostały na sprzęcie w konfiguracji takiej samej jak zaoferowana, zgodnie z wymaganiami SIWZ, d. opinii biegłego z zakresu informatyki - na okoliczność: czy badania głośności wykonane dla sprzętu PC-A11 in One (Dell OptiPlex 9020 AiO), PC-Stacja robocza I (Dell OptiPlex 9020 MT) oraz PC- Stacja robocza II (Dell OptiPlex 3020 MT), potwierdzone raportami z tych badań, złożone przez GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w Zielonej Górze, wykonane zostały na sprzęcie komputerowym o takiej samej konfiguracji jak zaoferowana, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Do postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w Zielonej Górze

Izba ustaliła:

Wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2307/14 z dnia 18 listopada 2014 roku:

Uwzględnia odwołanie i nakazuje Skarbowi Państwa - Izbie Skarbowej w Bydgoszczy przeprowadzenie następujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę sprzętu komputerowego dla izb skarbowych:

(1) unieważnienie czynności wyboru oferty GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w Zielonej Górze jako najkorzystniejszej,

(2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. w Bydgoszczy i Maxto Sp. z o.o. S.K.A. w Krakowie,

(3) powtórzenie oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. w Bydgoszczy i Maxto Sp. z o.o. S.K.A. w Krakowie oraz oceny oferty GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w Zielonej Górze, w tym udostępnienie pisma Dell Sp. z o.o. z dnia 5 sierpnia 2014 r. przedstawionego przez ww. wykonawcę, jako niezawierającego tajemnicy przedsiębiorstwa (z wyłączeniem informacji zawartych w tiret 1 i 2 pisma, które nie muszą być udostępniane);

Zamawiający złożył pismo z 2 grudnia 2014 roku *Odpowiedź na odwołanie*, wnosząc o odrzucenie odwołania z dnia 29 listopada 2014 roku na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, ponieważ dotyczy ono czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z treścią wyroku z dnia 18 listopada 2014 roku sygn. akt 2307/14. Zamawiający wyjaśniał, że zgodnie z wymienionym wcześniej wyrokiem oraz z załączonego uzasadnienia, zarzut zaniechania odtajnienia części oferty Wykonawcy GALAXY, w zakresie deklaracji producenta oraz raportów z badań wykonywanych przez niezależną jednostkę posiadającą akredytację zgodnie z normą ISO 7779 oraz wykazanych zgodnie z normą ISO 9296, został oddalony.

W zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego Wykonawca GALAXY wniósł o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym na podstawie: art. 189 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy. Wykonawca wskazywał, że Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania z dnia 3 listopada 2014 roku (sygn. akt KIO 2307/14), dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego, ponadto odwołanie dotyczy czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby oraz art. 189 ust.1 pkt 3 ustawy w części dotyczącej zarzutów formułowanych co do treści oferty uczestnika postępowania

odwoławczego w stosunku do treści SIWZ ponieważ są one spóźnione. Z daleko idącej ostrożności procesowej wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście niezasadnego.

Izba ustaliła, że pierwotny wybór oferty nastąpił w dniu 24 października 2014 roku, i od tej czynności Zamawiającego wniesione zostało odwołanie w sprawie o sygnaturze akt KIO 2307/14 w której wyrok został wydany 18 listopada 2014 roku.

Uwzględniając dokumentację jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione w złożonych pismach, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania znane były Odwołującemu od dnia 24 października 2014 roku tj. od dnia upublicznienia przez Zamawiającego informacji o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych nakłada na każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach zgłaszania środków ochrony prawnej - stawiania zarzutów Zamawiającemu. Koncentracja ma ułatwić i przyspieszyć racjonalne wydawanie środków publicznych, w oparciu o umowy zawarte z wykonawcami, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze, tym samym odpowiada podstawowemu postulatowi prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie, dotyczy to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań Zamawiającego. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić po pierwszym badaniu i ocenie ofert. Nie do pogodzenia z zasadą koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej jest, aby wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania - po nakazanej z innych względów ponownej ocenie ofert - wynajdował coraz to nowe przyczyny służące jako podstawa do wnoszenia kolejnych odwołań (porównaj przykładowo: postanowienie z 18 lutego 2013 roku sygn. akt 246/13; postanowienie z dnia 18 września 2014 roku sygn.

akt KIO 1798/14). Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2013 roku (sygn. akt V Ca 2142/12) *W postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego wykonawcy mają możliwość skażenia również zaniechań, jakich dopuścił się Zamawiający. Wykonawca także w takiej sytuacji może posiadać interes we wniesieniu odwołania. Dla wykazania interesu nie jest przecież konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielnie zamówienia publicznego (art. 179 pzp). Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity (art. 182 ustawy), a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.*

Taki stan rzeczy potwierdziła ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen-Finanzierungs-AG, Asfinag (C-410/01, [2003] ECR 6413, nr w SIP Lex: 158605), gdzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd: "fakt, że artykuł 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwom Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w wyniku domniemanego naruszenia, co nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi "interes w uzyskaniu danego zamówienia" interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy." (porównaj: KIO z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 792/11; KIO z 11 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1114/12).

W ocenie Izby, Odwołującego, po dokonaniu oceny ofert i przekazaniu jej wykonawcom ubiegającym się o zamówienie w dniu w dniu 24 października 2014 roku mógł się domagać odrzucenia oferty Wykonawcy GALAXY w oparciu o argumentację zawartą w obecnie złożonym odwołaniu, bowiem opiera swoją argumentację na dokumentach postępowania, które dostępne były dla Odwołującego od dnia ogłoszenia wyniku postępowania w dniu 24 listopada 2014 roku i w oparciu o te dokumenty wywodzi wnioski stanowiące uzasadnienie zarzutu. (odwołuje się do protokołu nr 14 z posiedzenia Komisji Przetargowej), który to dokument stanowił podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 2 marca 2011 r., sygn. akt KIO 336/11, że: *ponowne dokonanie przez zamawiającego określonych czynności w postępowaniu nie otwiera automatycznie możliwości wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej*

podlegających rozpoznaniu, co do istoty. Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą środkami ochrony prawnej. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie oceny, co raz to nowe powody i wady oferty, stwarzające preteksty do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny termin na odwołanie od czynności czy zaniechań Zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty, liczony od przesłania powiadomienia w zasadzie o pierwszej ocenie ofert.

Izba wskazuje, że poglądy będące podstawą tego orzeczenia znajdują odzwierciedlenie zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak również w orzeczeniach sądów powszechnych (KIO z 22 maja 2012 roku sygn. akt KIO 970/12; KIO z 9 lutego 2011 roku sygn. akt KIO 157/11; KIO z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 792/11; KIO z 20 czerwca 2011 roku sygn. akt KIO 1237/11; KIO z 11 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1114/12; KIO z 2 sierpień 2013 roku sygn. akt KIO 1796/13; KIO z 9 stycznia 2014 roku sygn. akt KIO 2991/13; KIO z 23 lipca 2012 roku sygn. akt KIO 1453/12; KIO z 14 listopada 2011 roku sygn. akt 2391/11; KIO z 11 marca 2011 roku sygn. akt 336/11; KIO z 2 września 2013 roku sygn. akt 2034/13; KIO z 18 lutego 2013 roku sygn. akt 246/13; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 roku sygn. akt V Ca 2056/07; wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 27 kwietnia 2010 roku sygn. akt I Ca 230/10; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2014 roku sygn. akt V Ca 2142/12;).

Na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy podlega odrzuceniu odwołanie, w którym odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. W oparciu o art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy odwołanie podlega odrzuceniu, gdy odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający dokonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub Sądu (...).

W odwołaniu z dnia 3 listopada 2014 roku, Odwołujący (wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Dworcowej 83, 85-009 Bydgoszcz (pełnomocnik) Maxtro Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Reduta 5, 31-421 Kraków) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego dotyczących, czynności badani i oceny ofert w części I zamówienia, w ramach której Zamawiający uznał, że oferta wykonawcy GALAXY jest ofertą ważną, nie podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu; zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego części oferty złożonej przez wykonawcę GALAXY tj: deklaracja producenta potwierdzająca poziom hałasu dla zaoferowanego sprzętu PC-All in One (Dell OptiPlex 9020 AiO), PC-Stacja robocza I (Dell OptiPlex 9020 MT) oraz PC - Stacja robocza II (Dell OptiPlex 3020 MT), raporty z badań wykonane przez niezależną jednostkę posiadającą akredytację zgodnie z normą ISO 7779 oraz wykazane zgodnie z normą ISO 9296 dla zaoferowanego sprzętu PC-All in One One (Dell OptiPlex 9020 AiO), PC-Stacja robocza I (Dell OptiPlex 9020 MT) oraz PC - Stacja robocza II (Dell OptiPlex 3020 MT); zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez GALAXY na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z powodu niezgodności treści oferty z treścią siwz, na wypadek uznania w wyniku odtajnienia dokumentów Wykonawcy GALAXY, wskazanych wyżej, że treść tych dokumentów nie jest zgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający dokonał zgodnie z wyrokiem z dnia 18 listopada 2014 roku sygn. akt 2307/14 nakazane czynności *(1) unieważnienie czynności wyboru oferty GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w Zielonej Górze jako najkorzystniejszej, (2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. w Bydgoszczy i Maxtro Sp. z o.o. S.K.A. w Krakowie, (3) powtórzenie oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. w Bydgoszczy i Maxtro Sp. z o.o. S.K.A. w Krakowie oraz oceny oferty GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w Zielonej Górze, w tym udostępnienie pisma Dell Sp. z o.o. z dnia 5 sierpnia 2014 r. przedstawionego przez ww. wykonawcę, jako niezawierającego tajemnicy przedsiębiorstwa (z wyłączeniem informacji zawartych w tiret 1 i 2 pisma, które nie muszą być udostępniane);*

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nie dokonał czynności nakazanych przez Izbę, czyli odtajnienia dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa tj. *raporty z badań wykonane dla sprzętu PC-All in One (Dell OPTiPlex 9020 AiO), PC-Stacja robocza I (Dell OptiPlex 9020 MT) oraz PC - Stacja robocza II (Dell OptiPlex 3020 MI),* ponieważ w uzasadnieniu wyroku z 18 listopada 2014 roku Izba jednoznacznie podała - *Nie nakazano natomiast udostępnienia załączonych do ww. pisma raportów z badań sporządzonych przez akredytowane laboratorium. Z raportów tych, poza powszechnie dostępnymi informacjami o*

stosowanych normach i wynikającej z nich metodologii badań, wynikają informacje na temat szczegółowych parametrów osiągniętych przez daną konfigurację sprzętu, a także na temat kontrahenta wykonawcy (laboratorium badawczego), z którym fakt współpracy wykonawca może uznawać za informację poufną.

Wskazane powyżej informacje mają charakter techniczny (szczegółowe parametry osiągnięte przez testowany sprzęt) oraz organizacyjny (współpraca rynkowa z określonymi podmiotami), a ich utrzymywanie w tajemnicy może mieć znaczenie gospodarcze dla podmiotu działającego na rynku w danej branży. W związku z powyższym uznano je za stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że Zamawiający dokonał czynności zgodnie treścią wyroku z 18 listopada 2014 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2307/14 oraz wynika z tego również, że Odwołujący, składając odwołanie z dnia 29 listopada 2014 roku powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 1 i § 5 ust. 4 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....