

Sygn. akt KIO 1846/10

WYROK
z dnia 10 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26 sierpnia 2010 r. przez **Advatech Sp. z o.o., ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski, Departament Informatyki i Telekomunikacji (DIT), ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Comtegra Sp. z o.o. ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Advatech Sp. z o.o., ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Advatech Sp. z o.o., ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Narodowy Bank Polski, Departament Informatyki i Telekomunikacji (DIT) w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa środowiska wykonywania kopii zapasowych Symantec Veritas Netbackup dla platformy serwerów Windows i Unix w NBP”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 58-086136 w dniu 24 marca 2010 r.

W dniu 16 sierpnia 2010r. zamawiający dokonał czynności oceny ofert i wybrał ofertę najkorzystniejszą - złożoną przez Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł w dniu 26 sierpnia 2010 r. odwołanie wobec:

- czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- bezpodstawnego utajnienia informacji zawartych w Załącznikach A i B do ofert, złożonych przez Comtegra Sp. z o.o., Comarch S.A., Qumak-Sekom S.A.,
- zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Comtegra Sp. z o.o., Comarch S.A., Qumak-Sekom S.A., Comparex Poland Sp. z o.o., Polcom Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej „ustawą Pzp”, przez dokonanie wyboru oferty Comtegra Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Comtegra Sp. z o.o., Comarch S.A., Qumak-Sekom S.A., Comparex Poland Sp. z o.o., Polcom Sp. z o.o.
- art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne utajnienie informacji zawartych w Załącznikach A i B do ofert złożonych przez Comtegra Sp. z o.o., Comarch S.A., Qumak-Sekom S.A.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- ujawnienia informacji zastrzeżonych jako poufne zawartych w Załącznikach A i B do ofert Comtegra Sp. z o.o., Comarch S.A., Qumak-Sekom S.A.

- odrzucenia ofert Comtegra Sp. z o.o., Comarch S.A., Qumak-Sekom S.A., Comparex Poland Sp. z o.o., Polcom Sp. z o.o.,
 - powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, co następuje:

Treść ofert, złożonych przez Polcom Sp. z o.o. i Comparex Sp. z o.o., jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż w obu ofertach (Załącznik A) do formularzy ofertowych nie ujęto licencji Symantec niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania napędów taśmowych w bibliotekach taśmowych. Licencje te nie występują również w żadnym innym miejscu ww. ofert. Zgodnie z zasadami licencjonowania firmy Symantec, każdy napęd taśmowy typu LTO funkcjonujący w bibliotece taśmowej powinien posiadać odpowiednią licencję zarówno na sam napęd oraz na jego współdzielenie pomiędzy serwerami w sieci SAN (Storage Area Network). Brak powyższych licencji powoduje, iż wykorzystywanie oprogramowania Symantec, wg specyfikacji zawartych w Załączniku A do obu ofert, do obsługi napędów objętych tymi załącznikami stanowić będzie naruszenie autorskich praw majątkowych producenta oprogramowania Symantec. Tym samym oprogramowanie ujęte w załącznikach A do obu ofert jest niekompletne, gdyż nie obejmuje licencjonowanego oprogramowania na napędy LTO, licencji na współdzielenie napędów LTO w sieci SAN oraz wsparcia dla powyższych licencji.

Zamawiający jednoznacznie wskazał, w ocenie odwołującego, iż oferowane rozwiązanie ma pozwalać na rozbudowę środowiska NetBackup w sposób kompletny i z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych elementów pozwalających na legalne użytkowanie systemu zgodnie z założeniami funkcjonalnymi. Powyższe wynika z następujących okoliczności:

1. Sama nazwa zamówienia wskazuje, że zamawiający zamierza rozbudować (a nie wymienić) aktualne środowisko o kolejne biblioteki i napędy, co wymaga zaoferowania niezbędnego oprogramowania, ale także związanych z nim licencji. Zamawiający nie wskazał w siwz, iż dysponuje oprogramowaniem i licencjami, które zostaną udostępnione wykonawcy w celu rozbudowy środowiska.
2. W pkt III, lit c siwz zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując na „Dostawę licencji uzupełniających do wykorzystywanego przez Zamawiającego zestawu produktów Symantec Veritas NetBackup lub licencji równoważnych, które będą współpracować bez zakłóceń ze środowiskiem wykonywania kopii zapasowych Symantec Veritas NetBackup”.
3. W pkt 4 siwz zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych, a zatem oferta nieobejmująca całości przedmiotu zamówienia powinna zostać odrzucona.

4. W pkt 2.1 załącznika nr 1 do siwz zamawiający wymagał dostarczenia macierzy dyskowych wraz z niezbędnym oprogramowaniem tj. licencjami oraz w pkt 2.2 siwz dostarczenia bibliotek taśmowych z napędami LTO oraz niezbędnym oprogramowaniem tj. licencjami.
5. W rozdziale III pkt 3.1 siwz zamawiający wymagał dostarczenia licencji uzupełniających Symantec NetBackup w ilości niezbędnej do produkcyjnej eksploatacji zaoferowanego sprzętu.
6. W pkt III siwz „Wytyczne zamawiającego do Projektu Technicznego” zamawiający poinformował, iż zamierza wykorzystać oferowane napędy taśmowe do zapisu danych z wykorzystaniem systemu Symantec Veritas NetBackup.
7. Aktualny i docelowy opis środowiska Symantec Veritas NetBackup (str. 28 siwz) – nie zawiera informacji, iż aktualne biblioteki STK L700 będą likwidowane, a ich licencje zostaną wykorzystane w nowym środowisku.
8. Z opisu aktualnego systemu backupów oraz sposobu backupowania zasobów środowiska Unix i Linux (str. 28 i 30 siwz) wynika, że oferowane napędy taśmowe powinny być wyposażone w licencje analogiczne do licencji aktualnie wykorzystywanych przez zamawiającego, aby całe środowisko pracowało bez zakłóceń.

Firma Polcom Sp. z o.o. zawarła w załączniku A do oferty specyfikację macierzy dyskowej (2 szt.) oraz biblioteki taśmowej (4 szt.). Łącznie sprzęt posiada 48 napędów. Tym samym, zgodnie z zasadami licencjonowania firmy Symantec NetBackup, oferta powinna zawierać licencje SYMC NETBACKUP OPTION LIBRARY BASED TAPE DRIVE 7.0 XPLAT 1 DRIVE STD LIC GOV BAND S [20942247] dla 48 napędów taśmowych LTO oraz 48 licencji SYMS NETBACKUP OPTION SHARED STORAGE OPTION 7.0 XPLAT 1 DRIVE STD LIC GOV BAND S [20942619] na współdzielenie tychże w środowisku SAN.

Firma Comparex Poland zawarła w załączniku A do oferty cztery biblioteki taśmowe TS 3500. Łącznie sprzęt posiada 48 napędów. Podobnie jak wyżej, zgodnie z zasadami licencjonowania firmy Symantec NetBackup, oferta powinna zawierać licencje SYMC NETBACKUP OPTION LIBRARY BASED TAPE DRIVE 7.0 XPLAT 1 DRIVE STD LIC GOV BAND S [20942247] dla 48 napędów taśmowych LTO oraz 48 licencji SYMS NETBACKUP OPTION SHARED STORAGE OPTION 7.0 XPLAT 1 DRIVE STD LIC GOV BAND S [20942619] na współdzielenie tychże w środowisku SAN.

Odwołujący wyjaśnił, iż biorąc pod uwagę wysokość cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców za wykonanie przedmiotu zamówienia, odwołujący jest pewien, że oferty te również nie obejmują dostatecznej liczby licencji dla zaoferowanego sprzętu tak jak w przypadku oferty Polcom Sp. z o.o. i Comparex Poland sp. z o.o.

Odwołujący podniósł także, że wykonawcy Comarch S.A. Comtegra Sp. z o.o. i Qumak-Sekom S.A. w sposób nieuprawniony zastrzegli, jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączniki A i B do oferty, które de facto będą stanowić załączniki do umowy (załącznik nr 1 i 11), a zatem będą jawne od chwili podpisania umowy (art. 139 ust. 3 ustawy Pzp). W ocenie odwołującego informacje zawarte w ww. załącznikach nie spełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego, wykonawcy wyrazili zgodę w ten sposób na ujawnienie informacji zawartych w załączniku A i B, a tym samym podjęli tylko ograniczone działania mające zapewnić przemijające zachowanie informacji w poufności, wyłącznie na okres trwania postępowania, a nie uzyskanie trwałej ochrony tajemnicy własnych informacji.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił w dniu 30 sierpnia 2010 r. przystąpienie wykonawca Comtegra Sp. z o.o. Przystąpienie wpłynęło w terminie 3 dni od dnia zawiadomienia wykonawcy przez zamawiającego o wniesieniu odwołania. Przystępujący posiada interes w przystąpieniu, gdyż oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający w dniu 7 września 2010 r. złożył odpowiedź na odwołanie wraz z wnioskiem o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający uznał za niezasadny zarzut, iż treść oferty Polkom Sp. z o.o. oraz Comparex Poland Sp. z o.o., jak również innych wykonawców, jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z powodu nie ujęcia w ofertach licencji Symantec niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania napędów taśmowych w bibliotekach taśmowych.

Zamawiający podniósł, iż w żadnym miejscu siwz, w tym żadnym zwrotem w opisie przedmiotu zamówienia nie wymagał zaoferowania licencji do napędów taśmowych LTO w wersji 7.0 „Symantec Netbackup Option Library Based Tape 7.0 XPLAT 1 drive stl lic” i licencji do współdzielenia napędu taśmowego w sieci SAN przez różne serwery w wersji 7.0 „Symantec Netbackup Option Shared Storage Option 7.0 XPLAT 1 drive stl lic”. Wskazał, że wymogi siwz nie zakładają rozbudowy środowiska o licencje, gdyż NBP posiada już ww. licencje, które będą migrować z napędów wycofywanych z aktualnie eksploatowanych bibliotek. Obecna konfiguracja zawiera w obu bibliotekach 36 napędów taśmowych 9940, 4 napędy 9840 i 12 napędów LTO-3. W sumie zamawiający posiada 52 napędy taśmowe, dla których zapewnione są 52 licencje do napędów taśmowych LTO. Wszystkie napędy w bibliotekach Unix i napędy umieszczone w bibliotekach Windows w strefach DMZ (tzw. strefach zdemilitaryzowanych) używane są z użyciem opcji SSO (Shared Storage Option).

W rezultacie nowa konfiguracja systemu backupowego będzie wykorzystywała 48 napędów, dla których zamawiający posiada już licencje i w efekcie pozostaną NBP jeszcze co najmniej 4 licencje na napędy, które można będzie wykorzystać awaryjnie w przypadku wykorzystania po migracji kilku starych napędów, jeżeli wystąpi taka potrzeba. Nadmieniał, że nie jest to całkowita liczba licencji, jakie ma NBP i to zarówno jeśli chodzi o licencje na napędy taśmowe (przeszło 76 licencji), jak i jeśli chodzi o licencje SSO.

Zamawiający podkreślił, że w siwz dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia, a nie opisu posiadanego przez zamawiającego sprzętu i oprogramowania. Zdaniem zamawiającego, fragment siwz na stronie 28, na który powołuje się odwołujący, wskazuje, w szczególności, iż na rysunku 2 na stronie 27 siwz - schemat konfiguracji docelowej, zawierający zawarł wyłącznie biblioteki taśmowe z napędami LTO-4 oraz macierze dyskowe. Konfiguracja docelowa nie zawiera bibliotek STK L700, co twierdzi w sposób niezgodny z prawdą Advatech. W siwz jednoznacznie wskazano także, że przedmiotem zamówienia są m.in. usługi instalacyjno-wdrożeniowe, w tym „Migracja danych backupowych Zamawiającego zapisanych na nośnikach typu T9840, T9940B i LTO-3 z czterech bibliotek StorageTek L700 Zamawiającego, na zaoferowane przez Wykonawcę Biblioteki taśmowe”. Powyższe jednoznacznie wskazuje na zamiar rezygnacji przez zamawiającego z dotychczasowych bibliotek, gdyż w innym razie migracja danych z urządzeń starych na nowe nie miałaby sensu. Dlatego też zamawiający nie ma zamiaru eksploatacji starych napędów i bibliotek po zakończeniu migracji. Tym samym, zaoferowane przez odwołującego dodatkowe licencje są zbędne do eksploatacji docelowego rozbudowanego środowiska backupowego.

Rozbudowa środowiska, o której mowa w tytule postępowania miała na celu wymianę wyeksploatowanych technologicznie bibliotek taśmowych, uzupełnienie środowiska backupowego o macierze dyskowe oraz, tak jak zgodnie zaoferowali wszyscy wykonawcy, licencje Symantec w liczbie 50 sztuk do obsługi tych macierzy wraz ze wsparciem technicznym.

Zamawiający stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w siwz obejmuje wszystkie wymagane elementy przedmiotu zamówienia i nie zawiera żadnych ukrytych treści co do wymogu dostarczenia licencji do napędów taśmowych. Skoro zamawiający nie wymagał zaoferowania ww. licencji, to nie ma podstaw do odrzucenia ofert, które zostały złożone zgodnie z treścią siwz.

Za nieuprawnione zamawiający uznał zarzuty dotyczące naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez Comtegra Sp. z o.o., Comarch S.A., Qumak-Sekom S.A. treści załącznika A (specyfikacja sprzętu i oprogramowania) i B (koncepcja wykonania zamówienia) do formularza ofertowego. Zdaniem zamawiającego, wszystkie wymienione wyżej informacje spełniają przesłanki

uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, są informacjami technicznymi i technologicznymi, posiadającymi wartość gospodarczą, w stosunku do których wykonawcy podjęli niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zamawiający wskazał ponadto, że fakt, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego jest jawna nie wynika, że treść załączników do umowy, objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, zostanie ujawniona do wiadomości publicznej wraz z umową. Wskazał na przepis art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. nr 112, poz. 1198 z późn. zmianami), na której przepisy powołuje się ustawodawca w art. 139 ust. 3 ustawy Pzp, z którego jasno wynika, że prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych. W art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej ustawodawca wprost stwierdza, że prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji [...] gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa. Zamawiający wyjaśnił, iż według jego wiedzy wykonawcy, którzy zastrzegli informacje w ofertach nie zamierzają rezygnować z prawa do ich ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła w pierwszej kolejności, że odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, że zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Comtegra Sp. z o.o., Comarch S.A., Qumak-Sekom S.A., Comparex Poland Sp. z o.o., Polcom Sp. z o.o. jest niezasadny.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w rozdziale III specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz szczegółowo, z opisaniem funkcjonalności - w Załączniku nr 1

do siwz. Zamawiający wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmuje dostawę, instalację, uruchomienie sprzętu i oprogramowania oraz integrację zaproponowanego rozwiązania z centralnym systemem wykonywania kopii zapasowych Symantec Veritas Netbackup dla platformy Windows i Unix w NBP, podając, iż dostawa i usługi instalacyjno-wdrożeniowe obejmują:

- wykonanie projektu technicznego, zgodnego z przedstawioną przez NBP koncepcją rozbudowy środowiska wykonywania kopii zapasowych,
- dostawę fabrycznie nowych urządzeń, tj. sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem zarządzającym,
- dostawę licencji uzupełniających do wykorzystywanego przez zamawiającego zestawu produktów Symantec Veritas Netbackup lub licencji równoważnych,
- dostawę 1000 szt. nowych nośników taśmowych wraz z etykietami do zaoferowanych bibliotek taśmowych,
- usługi instalacyjno-wdrożeniowe oferowanego sprzętu i oprogramowania,
- realizację gwarancji i serwisu rozszerzonego dla Sprzętu i oprogramowania,
- usługi szkoleniowe.

Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” (Rys. 1, str. 26) przedstawił m.in. w formie schematu - konfigurację obecnie funkcjonującego środowiska tworzenia kopii zapasowych wskazując, iż aktualnie są użytkowane przez zamawiającego biblioteki STK L700. Na rysunku 2 (str. 27) przedstawiono docelową konfigurację środowiska backupowego po modernizacji, zawierającą - w miejsce bibliotek STK L700 – biblioteki taśmowe z napędami LTO4, a także macierz dyskową. Powyższa koncepcja dotyczyła dwóch lokalizacji.

W ocenie Izby, powyższe informacje, zawarte w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyraźnie wskazują, że biblioteki funkcjonujące obecnie u zamawiającego zostaną w ramach „rozbudowy” zastąpione nowymi bibliotekami z napędem LTO. Konieczna jest zatem dostawa nowego sprzętu.

Strony zgodnie oświadczyły w toku rozprawy, co zostało dodatkowo potwierdzone przez producenta oprogramowania – firmę Symantec Polska Sp. z o.o. (pismo z dnia 7 września 2010r.) oraz dystrybutora – firmę Arrow ECS Sp. z o.o. (pismo nieoznaczone datą), iż licencje są bezterminowe, nie są przypisane do sprzętu i mogą być przenoszone w ramach posiadanej puli licencji. Dodatkowo sam odwołujący przyznał, że napędy taśmowe mogą być zakupywane bez licencji, jednak licencje są konieczne w celu możliwości użytkowania ww. sprzętu.

Skoro zatem zamawiający posiada sprzęt (napędy) i licencje do niego oraz zamierza użytkowany dotychczas sprzęt wymienić na nowy, a wymiana sprzętu nie wymaga zakupu nowych licencji, to biorąc pod uwagę treść postanowienia siwz zawartego w rozdziale III pkt

1.c, iż przedmiot zamówienia obejmuje „dostawę licencji uzupełniających do wykorzystywanego przez Zamawiającego zestawu produktów Symantec Veritas Netbackup lub licencji równoważnych, które będą współpracować bez zakłóceń ze środowiskiem wykonywania kopii zapasowych Symantec Veritas Netbackup dla platformy serwerów Windows i Unix w NBP”, nie sposób uznać, iż wymagania specyfikacji obejmowały dostawę dodatkowych licencji, ponad te, które zamawiający aktualnie posiada. Użyte, w postanowieniu przytoczonym powyżej, określenie „licencje uzupełniające do wykorzystywanego [...] zestawu produktów”, potwierdza jednoznacznie, iż zamawiający wymaga dostarczenia oprogramowania, którego obecnie nie posiada, a które jest konieczne dla osiągnięcia docelowej założonej przez zamawiającego rozbudowy (modernizacji) środowiska tworzenia kopii zapasowych. Wyjaśnienia przedstawione w powyższym zakresie przez zamawiającego są jasne i logiczne oraz znajdują, w ocenie Izby, pełne uzasadnienie w treści specyfikacji.

Zamawiający potwierdził w toku rozprawy, iż oprócz odwołującego, żaden inny wykonawca nie zaoferował dostawy licencji dla oferowanych napędów. Tylko jeden wykonawca (odwołujący) na 7 wykonawców, którzy złożyli oferty, przyjął odmienny zakres przedmiotu zamówienia, uznając, iż przedmiotem dostawy są także licencje dla dostarczanych napędów, które zastąpią napędy dotychczas użytkowane. W świetle dokonanych przez Izbę ustaleń, powyższa interpretacja treści specyfikacji w przedmiotowym postępowaniu nie znajduje uzasadnienia.

Należy wskazać dodatkowo, iż przedmiotowe zamówienie, ze względu na swój specjalistyczny charakter, zostało skierowane do profesjonalistów w danej dziedzinie. W ocenie Izby, nieuzasadnione są wobec powyższego twierdzenia odwołującego, iż zamawiający nie wyjaśnił w specyfikacji, iż w ramach zamawianego projektu zostaną wykorzystane posiadane przez zamawiającego licencje, więc przedmiot zamówienia ich nie obejmuje.

W ocenie Izby, opis przedmiotu zamówienia jest jasny i zrozumiały, natomiast zarzut dotyczący sposobu dokonania opisu przedmiotu zamówienia podnoszony na tym etapie postępowania należałoby stanowczo uznać za spóźniony. Kierując zamówienie do profesjonalistów, zamawiający ma prawo także oczekiwać, iż nawet jeśli powstaną u wykonawców jakiegokolwiek wątpliwości, co do wymagań zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia, to zostaną one wyjaśnione na etapie formułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w drodze wykorzystania trybu wyjaśnień, o którym mowa w art. 38 ustawy Pzp, ewentualnie w drodze odwołania wobec postanowień siwz i ogłoszenia o zamówieniu. W przedmiotowym postępowaniu, żadne wątpliwości co do przedmiotu zamówienia w zakresie dostawy licencji nie były przez wykonawców zgłaszane.

Dokonując ustalenia stanu faktycznego w sprawie, Izba uznała, iż złożone przez odwołującego pismo firmy Arrow ECS z dnia 25 sierpnia 2010 r. wyjaśniające ilość i rodzaj licencji wymaganych w ramach poprawnej konfiguracji sprzętu, zgodnie z zasadami licencjonowania firmy Symantec, nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu. Zarówno rodzaj wymaganych licencji, jak i ich ilość dla realizacji projektu nie były sporne w sprawie.

Biorąc pod uwagę iż oferty złożone przez Comtegra Sp. z o.o., Comarch S.A., Qumak-Sekom S.A., Comparex Poland Sp. z o.o., Polcom Sp. z o.o. nie podlegają odrzuceniu, w konsekwencji Izba nie stwierdziła podstaw do zmiany dokonanej przez zamawiającego oceny ofert. Nie stwierdzono tym samym naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru oferty Comtegra Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, przez bezpodstawne utajnienie informacji zawartych w Załącznikach A i B do ofert złożonych przez Comtegra Sp. z o.o., Comarch S.A., Qumak-Sekom S.A., które to informacje w ocenie odwołującego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, został zgłoszony z uchybieniem ustawowego terminu na wniesienie odwołania w powyższym zakresie.

Izba ustaliła, że w dniu 2 czerwca 2010 r., tj. po upływie blisko 1 miesiąca od dnia otwarcia ofert (otwarcie ofert odbyło się w dniu 7 maja 2010 r.), odwołujący, na skutek wystąpienia do zamawiającego o udostępnienie mu ofert złożonych w postępowaniu, zapoznał się z treścią ofert w części, która nie została przez wykonawców zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający odmówił odwołującemu udostępnienia treści ofert w części objętej ww. klauzulą. Zatem, w dniu 2 czerwca 2010 r. odwołujący powziął wiadomość, iż zamawiający honoruje dokonane w ofertach złożonych przez Comtegra Sp. z o.o., Comarch S.A., Qumak-Sekom S.A. zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, że stosownie do dyspozycji przepisu art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek udostępnić oferty od chwili ich otwarcia. Przepis ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do udostępnienia ofert, natomiast zamawiający odmówił odwołującemu udostępnienia tej części ofert, którą wykonawcy zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym zamawiający uznał, iż powyższe zastrzeżenie jest skuteczne. Wobec niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania wykonania czynności, do której zobowiązuje zamawiającego ustawa, stosownie do brzmienia art. 180 ust. 1 zdanie drugie

ustawy Pzp, przysługuje wykonawcy odwołanie w terminie określonym w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zatem, termin na wniesienie odwołania w zakresie powyższego zarzutu upłynął w dniu 12 czerwca 2010 r.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku oraz zgodnie z § 3 ust. 1 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:

.....