

**Sygn. akt: KIO 1969/14**

**Sygn. akt: KIO 1976/14**

**WYROK**

**z dnia 13 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 25 września 2014 r. przez:

- A. **Telsar Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 1969/14)
- B. **COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 1976/14)

w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Urząd Statystyczny z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Ingrifo Sp. z o.o. sp. K z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 1969/14, KIO 1976/14)

przy udziale wykonawcy **COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 1969/14)

przy udziale wykonawcy **Telsar Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego (sygn. akt KIO 1976/14).

**orzeka:**

1. **Oddała oba odwołania;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Telsar Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:
    - A) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Telsar Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
    - B) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2) zasądza od Odwołujących się kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Głównego Urzędu Statystycznego z siedzibą w Warszawie** stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:
    - A) kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Telsar Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego: Głównego Urzędu Statystycznego z siedzibą w Warszawie** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
    - B) kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego: Głównego Urzędu Statystycznego z siedzibą w Warszawie** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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:**

.....

**Sygn. akt KIO 1969/14**

**Sygn. akt KIO 1976/14**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Główny Urząd Statystyczny z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Dostawa oprogramowania dla Portalu Sprawozdawczego GUS wraz z wdrożeniem i przeprowadzeniem szkoleń w ramach projektu System Informacyjny Statystyki Publicznej-2 (SISP-2)*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 15 września 2014 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy Ingrifo Sp. z o.o. sp. K z siedzibą w Warszawie.

### Odwołanie o sygn. akt KIO 1969/14

Wykonawca Telsar Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również odpowiednio: „*Odwołującym Telsar*”) w dniu 25 września 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec m. in. zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Ingrifo Sp. z o.o. sp. K z siedzibą w Warszawie oraz COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 7, 89 ust. 1 pkt 2 – 4, 90 ust. 1 -3 i art. 92 ustawy Pzp.

Podważając czynność Zamawiającego Odwołujący Telsar zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2) i art. 92 ustawy Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 3)-4) i art. 90 ust. 1-3 i art. 92 ustawy Pzp,
- art. 8 ustawy Pzp i przepisów uszczegóławiających zasadę jawności postępowania, zawartych tak w ustawie Pzp, jak i w aktach wykonawczych do niej, poprzez wadliwe ich zastosowanie lub zaniechanie ich prawidłowego zastosowania.

W związku z powyższym, Odwołujący Telsar wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- nakazanie ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert złożonych przez: Ingrifo Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie oraz Comfort Meridian Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przez wezwanie wykonawców, którzy je złożyli do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny lub odrzucenie ww. ofert ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nadto uznanie, że w stosunku do wykonawcy Ingrifo Sp. z o.o. Sp. K. nie zachodzą przyczyny uzasadniające utajnienie jego oferty w zakresie opisu przedmiotu przyszłego świadczenia.

#### Odwołanie o sygn. akt KIO 1976/14

Wykonawca COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również odpowiednio: „*Odwołującym Comfort*”) w dniu 25 września 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec m. in. zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy Ingrifo Sp. z o.o. sp. K z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podważając czynność Zamawiającego Odwołujący Comfort zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2) i art. 92 ustawy Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 3)-4) i art. 90 ust. 1-3 i art. 92 ustawy Pzp,
- art. 8 ustawy Pzp i przepisów uszczegóławiających zasadę jawności postępowania, zawartych tak w ustawie Pzp, jak i w aktach wykonawczych do niej, poprzez wadliwe ich zastosowanie lub zaniechanie ich prawidłowego zastosowania.

W związku z powyższym, Odwołujący Comfort wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 15 września 2014 r. dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonania czynności ponownej oceny ofert;
- odtajnienie części oferty wykonawcy Ingrifo (t.j. str. 39-43), bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dla części nr 2: wykonawcy Ingrifo Sp. z o.o. sp. K z siedzibą w Warszawie stała się przedmiotem odwołań, wniesionych przez wykonawców: Telsar Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 9 października 2014 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniach oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowych odwołań.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oferty wykonawców: Ingrifo Sp. z o.o. sp. K z siedzibą w Warszawie oraz COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazali Zamawiającemu kopie niniejszych odwołań.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- wykonawca Ingrifo Sp. z o.o. sp. K z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołania o sygn. akt KIO 1969/14 oraz KIO 1976/14);
- wykonawca COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 1969/14);
- wykonawca Telsar Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 1976/14).

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego następujących wykonawców:

- Ingrifo Sp. z o.o. sp. K z siedzibą w Warszawie;
- COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- Telsar Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

(zwanych dalej również odpowiednio: „Przystępującym Ingrifo”, „Przystępującym Comfort” oraz „Przystępującym Telsar”).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: *„Dostawa oprogramowania dla Portalu Sprawozdawczego GUS wraz z wdrożeniem i przeprowadzeniem szkoleń w ramach projektu System Informacyjny Statystyki Publicznej-2 (SISP-2)”*.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana również dalej „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Pkt 7.3. Posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia;

1) Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy muszą złożyć wraz z ofertą wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych zamówień (dostaw lub usług), w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zamówienia (dostawy lub usługi) zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wzór - załączniki do SIWZ "Wykaz zamówień": nr 8.1 dla części nr 1 i załącznik nr 8.2 dla części nr 2). Dowodami, o których mowa powyżej są:

- a) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- b) oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt a) powyżej.

2) Minimalny poziom wymaganych standardów:

W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, co oznacza, że wykonawca przedstawi wykaz zamówień (dostaw lub usług) sporządzony zgodnie z wymaganiami określonymi w ppkt 1), obejmujący: A1. dla części nr 1: co najmniej 1 zamówienie w zakresie dostawy i wdrożenia oprogramowania serwerów aplikacji JEE o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto, A2. dla części nr 2: co najmniej 1 zamówienie w zakresie dostawy i wdrożenia oprogramowania monitorującego o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł brutto.

Wykonawca obowiązany jest wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oddzielnie dla każdej z części zamówienia, na którą składa ofertę.

1) Zamawiający dokona oceny spełniania ww. warunków na podstawie wykazu, o którym mowa w ppkt 1), według formuły spełnia/nie spełnia.

2) W przypadku, gdy wykonawcą jest podmiot, który powstał w wyniku połączenia, Zamawiający uzna spełnienie określonych warunków, jeżeli zostanie wykazane wykonanie zamówień w wymaganym czasie, przez co najmniej jeden z połączonych podmiotów.

3) Wykonawca, który realizował zamówienia obejmujące zakres szerszy niż przedmiot zamówienia określony w wymaganiach, winien podać tylko wartość części zamówienia odpowiadającej przedmiotowi zamówienia.

4) W przypadku wykonawców, którzy realizowali zamówienia za wynagrodzeniem wyrażonym w innych walutach niż złoty polski, Zamawiający przeliczy wartość tych zamówień po średnim kursie NBP z dnia ukazania się ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia udzielał wykonawcom odpowiedzi na zadawane pytania, t.j. m. in.:

Pytanie nr 11:

Zamawiający w załączniku nr 2.2. do SIWZ w tabeli w „Szczegółowych wymaganiach” opisał „Łączna liczba procesorów” oraz „łączna liczba rdzeni”. Rozumiemy, że są to liczby procesorów fizycznych oraz rdzeni fizycznych w tych procesorach”?

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2014 r.:

Tak. Zamawiający wymaga dostarczenia licencji odpowiadających liczbie procesorów oraz rdzeni fizycznych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że obaj Odwołujący oraz Przystępujący Ingrifo w części nr 2 złożyli oferty z następującymi cenami:

- 1) Ingrifo sp. z o.o. sp. K. z siedzibą w Warszawie z ceną 621.630,00 zł;
- 2) Comfort Meridian Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną 866.447,50 zł;
- 3) Telsar Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną 1.039.520,00 zł;

W dniu 15 września 2014 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 2: oferty wykonawcy Ingrifo Sp. z o.o. sp. K. z siedzibą w Warszawie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

#### Odwołanie o sygn. akt KIO 1969/14

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza - oceniając zarzuty Odwołującego Telsar wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 i art. 89 ust. 1 pkt 3) -4) art.90 ust 1-3 i art. 92 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Odwołujący postawił zarzut, wskazujący, że oferty INGRIFO i CMP zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Należy zauważyć – zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego – że argumentacja Odwołującego Telsar nie uwzględnia charakteru przedmiotu zamówienia. W niniejszym przypadku mamy do czynienia z przygotowaniem oprogramowania, co niesie za sobą wytwór intelektualny i możliwość oparcia się o różne elementy składowe, o zróżnicowanych cenach. W związku z tym mechaniczne odniesienie się do porównania cen i wyciąganie wniosków, wskazanych przez Odwołującego, nie uzasadnia postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do ofert poprzedzających cenowo ofertę Odwołującego, jak również prowadzenia postępowania wyjaśniającego w tej sprawie, w oparciu o art. 90 Pzp. Różnice pomiędzy cenami poszczególnych ofert a przedmiotem zamówienia są dopuszczalne a wręcz wskazują na istniejącą konkurencję na rynku.

Odnosząc się do tego zarzutu Zamawiający zauważył, iż na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych nie wypracowano jednolitego stanowiska, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej. W niniejszym postępowaniu różnica pomiędzy cenami ofert a wartością szacunkową zamówienia kształtuje się powyżej 40%, a biorąc pod uwagę jedynie arytmetyczne porównanie oraz przywołane przez Zamawiającego orzecznictwo KIO, żadnej z ofert nie należy zakwalifikować zawierającej cenę rażąco niską. Na powyższe nie wskazuje również różnica pomiędzy złożonymi ofertami w niniejszym



postępowaniu o udzielenie zamówienia. Biorąc również pod uwagę, że wezwanie do złożenia wyjaśnień, nie jest obligatoryjne w każdym przypadku, a jedynie wtedy, gdy występują ku temu uzasadnione wątpliwości, w ocenie Izby wobec przedstawionej argumentacji przez strony, nie istniały obiektywne przesłanki do stwierdzenia, że występują uzasadnione wątpliwości nakazujące Zamawiającemu skierowanie takiego wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2) i art. 92 ustawy Pzp, powyższy zarzut również należy uznać za niezasadny.

Jak wskazał Zamawiający nie może on uznać zasadności twierdzenia, że oprogramowanie Flopsar jest oprogramowaniem niższej klasy niż wymagane do należytej obsługi Portalu Sprawozdawczego. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał cechy, jakie powinien posiadać system monitorowania, do tego by spełnić kryterium należytej obsługi Portalu Sprawozdawczego. Wykonawca Ingrifo w złożonej ofercie oraz w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oświadczył, że oferowane oprogramowanie wszystkie te cechy posiada. Wobec tego nie istniały podstawy do uwzględnienia powyższego zarzutu.

Odnosząc się do zarzutu niespełnienia przez oprogramowanie Flopsar wskazanych wymagań techniczno-funkcjonalnych, można stwierdzić, że zawartość informacyjna strony internetowej nie jest wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty. Jak słusznie podniósł Zamawiający nie posiada wiedzy czy strona ta jest na bieżąco aktualizowana i czy przedstawiony na niej produkt jest tożsamy z tym, który został zaoferowany. Ponadto twórcy systemów informatycznych dostosowują je do specyficznych wymagań użytkownika, tworząc dedykowane wersje - zmodyfikowane lub rozbudowane wg wymagań klienta. Dla Zamawiającego – i co ma znaczenie w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej - znaczenie zasadnicze ma oświadczenie Wykonawcy Ingrifo, iż zaoferowane oprogramowanie spełnia wszystkie wymagania techniczno-funkcjonalne określone w OPZ, niezależnie od zawartości ogólnie dostępnych materiałów reklamowo-informacyjnych. Wszelkie wątpliwości związane z potencjalnym niespełnieniem niektórych wymagań techniczno-funkcjonalnych wyrażone zostały w wezwaniu skierowanym do wykonawcy Ingrifo przed rozstrzygnięciem postępowania. W przesłanej odpowiedzi wykonawca zadeklarował, że oferowane oprogramowanie wymagania te spełnia.

Co do niezgodności oferty CMP (a także Ingrifo) z treścią SIWZ, jak zauważył Zamawiający celem zamówienia było pozyskanie narzędzia, które będzie monitorowało środowisko Portalu Sprawozdawczego przy użyciu funkcji wyspecyfikowanych w opisie przedmiotu zamówienia. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że oferta Comfort Meridian skonstruowana została nieprawidłowo, gdyż liczba rdzeni procesorów ujęta w ofercie nie

odpowiada wprost liczbie rdzeni całego środowiska określonego w SIWZ. Nie ma tu relacji 1:1, gdyż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wymagał dostarczenia narzędzia z funkcją monitorowania serwera baz danych, a jedynie z funkcją monitorowania komunikacji warstwy serwerów aplikacyjnych z bazą danych. Odnosząc się do zarzutu niewystarczającej liczby licencji w ramach ofert Comfort Meridian i Ingrifo, Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że 1 komplet licencji oprogramowania w obu tych ofertach nie pokrywa wymagań określonych w zamówieniu. Jak zauważono poszczególni producenci kreują własną politykę licencyjną i stosują własną siatkę nazewniczą, natomiast dla Zamawiającego istotnym jest oświadczenie, że składniki tego kompletu pokrywają wymagania monitorowania środowiska Portalu Sprawozdawczego w zakresie wymaganych funkcji i w odniesieniu do wszystkich elementów tego środowiska (zgodnie z formularzem cenowym obaj wykonawcy potwierdzili, że 1 komplet obejmuje licencje dla wszystkich elementów infrastruktury serwerowej wyspecyfikowanych w pkt.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia dla części nr 2). To oświadczenie Wykonawców Comfort Meridian i Ingrifo stanowiło dla Zamawiającego (zgodnie z jego wymaganiami zawartymi w SIWZ) podstawę do przyjęcia, że środowisko Portalu Sprawozdawczego będzie objęte monitorowaniem w pełnym zakresie. Informacje na formularzu cenowym dotyczące *nazwy, wersji i producenta* ma dla Zamawiającego wartość informacyjną, gdyż przedmiotem zamówienia nie była konkretna liczba, konkretnych licencji wskazanego producenta. Zamawiający nie miał możliwości kwestionowania prawidłowości pokrycia i dopasowania dostarczanych licencji, w sytuacji niewystarczającej wiedzy nt. stosowanej polityki licencyjnej oraz charakteru i przeznaczenia licencji opisanych nazwami własnymi. Dodatkowo Zamawiający dopuszczał możliwość dostarczenia różnych typów licencji, uwzględniających rolę serwerów w systemie oraz założone przez Zamawiającego ograniczenia w ich użytkowaniu. W szczególności zamówienie obejmowało licencje do monitorowania grupy serwerów cache oraz serwerów aplikacyjnych wykorzystywanych przez max. 90 wybranych dni w roku, co oznacza, że wykonawcy mieli możliwość zaoferowania licencji o ograniczonym w czasie wymiarze działania. Zamawiający nie przewidywał ograniczeń co do typu licencji, wymagając aby zapewniały wymaganą funkcjonalność przez określoną liczbę dni w roku. Dla Zamawiającego nie miała w tym przypadku znaczenia nazwa tego rodzaju licencji w ofercie produktowej danego Wykonawcy (np. licencje „tymczasowe”, „testowe” lub inne), ponieważ przedmiotem zamówienia nie była określona liczba licencji na korzystanie z konkretnego oprogramowania, należało dostarczyć zestaw licencji na oprogramowanie monitorujące środowisko informatyczne opisane w SIWZ, w zakresie wynikającym z opisu wymagań techniczno-funkcjonalnych i dostosowanym do roli i wymiaru czasu użytkowania danego elementu infrastruktury. Formuła ta miała służyć zapewnieniu maksymalnej otwartości i konkurencyjności postępowania.

Warunek zapewniania możliwości kontrolowania sposobu wykorzystania licencji w ofercie Comfort Meridian nie wpływa na zakres i sposób korzystania z przedmiotu zamówienia, a służy jedynie weryfikacji prawidłowości korzystania z udzielonych licencji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art.8 ustawy Pzp i przepisów uszczegóławiających zasadę jawności powyższy zarzut również nie znalazł potwierdzenia w złożonej dokumentacji. Wykonawca Ingrifo zgodnie z przysługującymi mu uprawnieniami zastrzegł część oferty jako objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie takie, odnoszące się do elementów oferty Zamawiający uznał za zasadne, jako że odnoszą się do rodzajów wiadomości określonych w art. 11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz 1503 ze zmianami - dalej „ustawa oznk”). Objęte zastrzeżeniem informacje o elementach składających się na ofertę, w sytuacji konstruowania oferty na indywidualne zamówienie Zamawiającego, stanowi o zdolności do osiągnięcia przewagi konkurencyjnej danego wykonawcy i jest zasadne.

#### Odwołanie o sygn. akt KIO 1976/14

Odnosząc się do zarzut dotyczącego zaniechania wykluczenia Ingrifo z postępowania Odwołujący Comfort postawił zarzut, iż wykonawca Ingrifo nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Argumentując zasadność postawionego zarzutu, Odwołujący Comfort posłużył się licznymi sformułowaniami mającymi charakter przypuszczający: *istnieje wiele przesłanek przemawiających za tym, iż Ingrifo nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez Zamawiającego; Z praktyki rynkowej jaką dysponuje Odwołujący wynika, iż wysoce wątpliwym jest, aby Ingrifo samodzielnie dysponowało doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż istnieje bardzo wysokie prawdopodobieństwo, iż Ingrifo nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego polegającego na realizacji co najmniej 1 zamówienia w zakresie dostawy i wdrożenia oprogramowania monitorującego o wartości nie mniejszej niż 500.000 PLN brutto.*

W ocenie Zamawiającego – do czego należy się przychylić - wykazane w treści oferty doświadczenie Ingrifo spełnia postawiony warunek wiedzy i doświadczenia polegający na realizacji co najmniej 1 zamówienia w zakresie dostawy i wdrożenia oprogramowania monitorującego o wartości nie mniejszej niż 500.000 PLN brutto.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Ingrifo pomimo niewystarczających wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi na nieprawidłowe wezwanie Ingrifo do wyjaśnień, należało uznać, że zarzut ten – na podstawie przedstawionych dowodów i złożonej dokumentacji również nie potwierdził się. Ze względu na ograniczony zasób ogólnodostępnych materiałów technicznych i marketingowych dotyczących oprogramowania Flopsar zaoferowanego przez wykonawcę Ingrifo oraz wątpliwościami co do pełnego pokrycia wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia, do tego wykonawcy skierowane zostało wezwanie do potwierdzenia, że oferowane oprogramowanie spełnia wskazane wymagania funkcjonalno-techniczne. W przesłanej odpowiedzi wykonawca zadeklarował, że oferowane oprogramowanie wymagania te spełnia. Ponadto istotnym jest, że od wszystkich wykonawców składających ofertę w ramach przedmiotowego postępowania wymagano pośrednio oświadczenia o spełnieniu wymagań techniczno-funkcjonalnych, natomiast Zamawiający nie przewidywał innego rodzaju sposobów udokumentowania minimalnych wymogów w odniesieniu do zaproponowanego rozwiązania w postaci testów, próbek czy opisu oferowanego rozwiązania. Zamawiający kierując się zatem zasadą równego traktowania wykonawców, zażądał od wykonawcy Ingrifo potwierdzenia spełnienia wskazanych wymagań, z zachowaniem formy przewidzianej w SIWZ. Jak zauważył Zamawiający nie mógł on w treści wezwania do wyjaśnień domagać się przedstawienia przez wykonawcę dodatkowych dowodów potwierdzających spełnianie określonych wymagań bowiem w istocie takie działanie stanowiłoby modyfikację SIWZ, która nie przewidywała obowiązku dostarczenia tego rodzaju dowodów. Wpływ Zamawiającego na sposób udokumentowania wymagań przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp był zatem istotnie ograniczony. W świetle zapisów SIWZ, a w szczególności wymagań Zamawiającego co do sposobu udokumentowania spełnienia minimalnych wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia oraz treści odpowiedzi wybranego wykonawcy nie istniały żadne podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy Ingrifo. Ponadto takich dowodów nie dostarczył również Odwołujący Comfort, który skupił się w swoich zarzutach wyłącznie na dowodzeniu, iż sposób zadania pytania nie mógł rozwiązać wątpliwości co do zgodności zaoferowanego rozwiązania z treścią SIWZ. Odwołujący uznał niejako w konsekwencji prowadzonej argumentacji, iż treść odpowiedzi Ingrifo stanowiła wystarczający powód do odrzucenia oferty Ingrifo.

Co do zarzutu zaniechania zbadania zasadności utajnienia części oferty złożonej przez Ingrifo oraz zaniechanie jej odtajnienia Odwołujący zakwestionował także decyzję Zamawiającego o nieodtajnieniu informacji zawartych w ofercie Ingrifo jak i fakt, że Zamawiający podjął czynność wyjaśnienia zasadności przedmiotowego utajnienia po

wyborze najkorzystniejszej oferty. Zdaniem Odwołującego w ten sposób Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu weryfikację utajnionych informacji. Zamawiający wskazał, że zasada jawności doznaje skutecznego ograniczenia w przypadku zawarcia w ofercie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprost stanowi, że informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie ujawnia się. Ustawodawca nie uzależnił skuteczności utajnienia informacji w ofertach od chęci innych wykonawców do weryfikacji tych utajnionych informacji. Obowiązek oceny informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, ustawodawca pozostawił zamawiającym. Tak więc stan faktyczny, w którym część informacji ze względu na utajnienie pozostaje poza kontrolą innych wykonawców jest zgodny z przepisami ustawy Pzp i nie może stanowić argumentu za koniecznością odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto bezpodstawny jest także kolejny zarzut postawiony przez Odwołującego, a dotyczący zaniechania przez Zamawiającego oceny zasadności utajnienia informacji w ofercie Ingrifo przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Należy zauważyć, że ustawa nie przewiduje wprost procedury wyjaśniania tej kwestii. To praktyka wykształciła się na bazie uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku, III CZP 74/05. Wynik procedury wyjaśniania nie ma wpływu na decyzję o wyniku postępowania. Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził, że niezasadne utajnienie informacji w ofercie nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty (uchwała SN z 21 października 2005 roku, III CZP 74/05).

Dodatkowo Zamawiający wskazał na istnienie linii orzeczniczej Krajowej izby Odwoławczej (dalej: „KIO”), zgodnie z którą zamawiający może, dokonując oceny zastrzeżenia, oprzeć się na kwalifikacji własnej lub zwrócić się do wykonawcy z wykorzystaniem odpowiednio, w zależności od rodzaju zastrzeżonej informacji, art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Przepisy te konstytuują natomiast uprawnienie, nie zaś obowiązek zamawiającego. Stąd zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp (tak: KIO 959/14, KIO 1151/13 i KIO 1164/13).

W ocenie Izby – biorąc pod uwagę całokształt okoliczności – należało stwierdzić, iż przeprowadzenie przedmiotowej procedury po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty nie miała wpływu na zasadność zastrzeżenia, które to było przez Zamawiającego badane. Czynność ta nie wpłynęła także na dokonany wybór najkorzystniejszej oferty a przeprowadzona procedura wyjaśnień nie spowodowała powstania nowego stanu faktycznego i utrzymała w mocy dokonane pierwotnie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodzić się również należy z Zamawiającym, że analiza utajnionych informacji prowadzi do wniosku, że wykazane informacje nie są jawne z mocy prawa. Także ogólna,

powszechna wiedza o transakcjach handlowych potwierdza, iż kontrakty tego typu jak wykazane przez wykonawcę Ingrifo generalnie zostają utajniane. Zamawiający nie powziął więc wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia Ingrifo o utajnieniu informacji zawartych na stronach od 39 do 43 oferty. Uzyskane w trybie wyjaśnień informacje od wykonawcy Ingrifo potwierdzają ocenę Zamawiającego, a także wykazują formalne spełnienie wszystkich trzech przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Ingrifo nie budziły wątpliwości, w sposób wystarczający udowodniły zasadność utajnienia informacji zawartych na stronach 39 - 43 oferty. Zamawiający nie miał podstaw ani argumentów mogących podważyć oświadczenie Ingrifo. Zatem zarzut Odwołującego należało uznać za nieuzasadniony.

W konsekwencji mając na względzie wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 b) ww. rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....