

Sygn. akt: KIO 1973/14

## WYROK

z dnia 14 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2014 r. przez wykonawcę: „Comtegra” sp. z o.o. w Warszawie (02-884), ul. Puławska 474 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie (00-580), Al. J. Ch. Szucha 23

przy udziale wykonawcy: Qumak S.A. w Warszawie (02-305), Al. Jerozolimskie 136 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: „Comtegra” sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: „Comtegra” sp. z o.o. w Warszawie 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 z późn. zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Zakup usług wsparcia technologicznego, serwisu i macierzy oraz subskrypcji dla infrastruktury IT” zostało wszczęte przez Skarb Państwa – Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 102-179080) w dniu 28 maja 2014 r.

W dniu 25 września 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: „Comtegra” sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Odwołującym. Zarzucał on Zamawiającemu, iż ten naruszył następujące przepisy prawa:

1. *„art. 186 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany w przypadku umorzenia postępowania spowodowanego uwzględnieniem całości zarzutów odwołania do wykonania żądań zawartych w odwołaniu, w tym dotyczących naruszenia następujących przepisów prawa (naruszenia wskazane w poprzednim odwołaniu):*
  - 1.1. *art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Niver, pomimo iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ,*
  - 1.2. *art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców Niver i Qumak, pomimo iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy czym Zamawiający nie wyjaśniał należycie treści tych ofert,*
  - 1.3. *art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Niver do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,*

- 1.4. art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Qumak, pomimo iż zawiera błąd w obliczeniu ceny,
- 1.5. art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty,
2. art. 45 ust. 1, art. 78 i art 176 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do uwzględnienia zarzutów odwołania (co automatycznie staje się zobowiązaniem do wykonania żądań odwołania), a następnie, w toku kolejnego etapu postępowania, do uwzględnienia jedynie części zarzutów oraz wykonania jedynie części żądań, przez co pozostałe, sporne zarzuty nie zostały rozpatrzone przez KIO.
3. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 ze zm.; dalej: „ZNK”) poprzez błędne przyjęcie, że informacje przekazane przez Qumak, a dotyczące zgodności oferty z SIWZ, sposobu obliczenia ceny lub czynu nieuczciwej konkurencji, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem Zamawiający nie jest uprawniony do ich upubliczniania,
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 6 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że przedstawione przez Qumak wyjaśnienia nie wskazują na złożenie przez tego wykonawcy oferty niezgodnej z SIWZ, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny,
5. art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie że Zamawiający uprawniony jest do prowadzenia negocjacji z Qumak w zakresie sposobu obliczenia ceny, poprzez przyjmowanie za legalne wyliczeń opartych o ilości (wielkości) dostaw, które to wielkości nie zostały opublikowane w SIWZ, zatem brak było w SIWZ danych niezbędnych do tych wyliczeń,
6. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Niver, który nie przedstawił wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
7. art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zaniechania uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
8. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy badaniu ofert, oraz poprzez podjęcie w Postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego Postępowania.”

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wniósł o:

1. „unieważnienie czynności wyboru oferty Qumak,
2. wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności w Postępowaniu, zgodnie z żądaniami zawartymi w poprzednim odwołaniu, a polegającymi na (żądania wskazane w poprzednim odwołaniu):
  - 2.1. unieważnieniu czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Niver jako najkorzystniejszej oferty,
  - 2.2. dokonaniu ponownego badania i oceny złożonych ofert,
  - 2.3. dokonaniu czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Niver i Qumak z przyczyn wskazanych w (poprzednim) odwołaniu lub wszczęciu procedury wyjaśnienia treści oferty na okoliczności podniesione w uzasadnieniu,
  - 2.4. dokonaniu czynności wezwania wykonawcy Niver do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy i odrzucił ofertę złożoną przez ww. wykonawcę w razie niezłożenia przez niego wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
  - 2.5. dokonaniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,
3. zaprzestania dalszego blokowania Odwołującemu drogi do sądu,
4. ujawnienie treści wyjaśnień przedstawionych przez Qumak, na zapytanie Zamawiającego z dnia 02 września 2014r, oraz innej ewentualnej korespondencji, która była wymieniana z Qumak, utajnionej przez Zamawiającego
5. odrzucenie oferty Qumak z uwagi na nie przedstawienie przez tego Wykonawcę w wyjaśnieniach okoliczności wskazujących, że oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji oraz nie zawiera błędu w obliczeniu ceny,
6. zaprzestanie prowadzenia niedozwolonych negocjacji z Qumak, dotyczących treści oferty Qumak,
7. odrzucenia oferty Niver z uwagi na nie złożenie przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny,
8. wskazanie wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu, uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
9. zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.”

W dniu 26 września 2014 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli Prezesowi Izby wykonawcy: Qumak S.A. w Warszawie, zwany dalej Przystępującymi lub uczestnikami postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w szczególności te,

na podstawie których, zdaniem Przystępującego, Izba winna rozpoznawane odwołanie odrzucić, tj. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2), 4) i 5) ustawy Pzp.

W ocenie Przystępującego rozpoznawane przez Izbę odwołanie zostało wniesione przez osobę nieposiadającą uprawnień do jego podpisania i złożenia, albowiem z treści przedstawionego wraz z odwołaniem pełnomocnictwa wynika jedynie upoważnienie do składania pism w trakcie postępowań odwoławczych, a zatem dotyczy ono wyłącznie czynności już po wniesieniu odwołania. Stał on również na stanowisku, że Odwołujący w rozpoznawanym obecnie odwołaniu powołał się wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania wniesionego w sprawie KIO 1667/14, w którym to postępowaniu, będąc do tego uprawnionym, nie wniósł on w odpowiednim do tego momencie sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Nadto Przystępujący uważał, że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1667/14, stąd z tego względu odwołanie to powinno zostać odrzucone.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego. Zdaniem składu orzekającego pełnomocnik działający w imieniu i na rzecz Odwołującego został prawidłowo umocowany do złożenia rozpoznawanego odwołania na podstawie złożonego wraz z odwołaniem pełnomocnictwa. Pamiętać należy, że oświadczenia woli, a za takie należy uznać powołane pełnomocnictwo, zgodnie z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Mając też na uwadze datę wystawienia pełnomocnictwa (dzień przed wniesieniem odwołania), jego treść (wnoszenia pism w postępowaniu odwoławczym – odwołanie jest wszak pierwszym pismem wniesionym w takim odwołaniu) oraz wskazania na prokurenta, który go udzielił, Izba uznała, iż osoba działająca na podstawie tego właśnie dokumentu była umocowana do działania w imieniu Odwołującego (wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia) w dostatecznym stopniu, aby uznać było można, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony, a tym samym nie zachodziły podstawy do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Zestawienie zarzutów podnoszonych w rozpoznawanym odwołaniu z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1667/14 pozwalało z kolei uznać, że w obecnie rozpoznawanym odwołaniu Odwołujący odwołuje się do okoliczności, do których ze względów oczywistych odwoływać się nie mógł we wcześniej wniesionym odwołaniu (choćby do materii wyjaśnień złożonych przez Przystępującego

już po zakończeniu postępowania w sprawie KIO 1667/14 lub do kwestii zasadności objęcia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa). Co istotne w sprawie KIO 1667/14 zarzuty wówczas podnoszone przez Odwołującego nie były przedmiotem merytorycznego rozstrzygnięcia przez Izbę. To mogłoby bowiem nastąpić dopiero po przeprowadzeniu rozprawy i znaleźć swe odzwierciedlenie w wydanym przez Izbę wyroku, a do tego w sprawie tej nie doszło. Postępowanie zostało wszak umorzone przez Izbę wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów. Dlatego też Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie zachodziły również podstawy do odrzucenia rozpoznawanego odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp. W rozpoznawanym odwołaniu Odwołujący nie kwestionował bowiem samej czynności unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej, czy też czynności wezwania dwóch wykonawców do udzielenia Zamawiającemu odpowiednich wyjaśnień, a to te właśnie czynności zostały dokonane przez Zamawiającego zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1667/14. Ostrze swych zarzutów skierował on w głównej mierze wobec czynności podjętych przez Zamawiającego dopiero w wyniku powołanych czynności realizowanych w celu realizacji poprzednich żądań Odwołującego, a także wobec niewykonania, jego zdaniem, w sposób pełny tychże pierwotnych żądań. Dlatego też Izba nie podzieliła przekonania Przystępującego o konieczności odrzucenia rozpoznawanego odwołania na podstawie powołanego przepisu ustawy Pzp.

Zamawiający, w piśmie z dnia 8 października 2014 r., doręczonym Prezesowi Izby w tym samym dniu, oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron i uczestnika postępowania, oświadczył, iż wnosi sprzeciw wobec takiego uwzględnienia.

Mając to na uwadze Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego przekazane przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem dokumenty.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 5.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przedmiotem zamówienia „*jest zakup subskrypcji oprogramowania, świadczenie usług wsparcia technicznego i serwisu dla infrastruktury IT oraz upgrade macierzy dyskowej NetApp.*”. Dalej, w tym samym punkcie SIWZ, wskazano, że „*w ramach realizacji zamówienia Wykonawca:*

- a) dostarczy subskrypcje oraz zapewni wsparcie techniczne dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania VMware;*
- b) zapewni usługę wsparcia technicznego i serwisu serwerów, macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych oraz przełączników FC;*
- c) wykona upgrade posiadanych przez Zamawiającego licencji czterech switchy Brocade 4/12 SAN Switch for HP c-Class BladeSystem o dodatkowe 12 aktywnych portów;*
- d) przeprowadzi certyfikowane przez producenta macierzy szkolenia z zakresu konfiguracji, eksploatacji oraz diagnozowania usterek nowych kontrolerów dla czterech pracowników Zamawiającego w wymiarze minimum 35 godzin;*
- e) wykona upgrade posiadanych przez Zamawiającego kontrolerów macierzy NetApp FAS6080 do wersji FAS6220 wraz z usługą online'owej migracji wszystkich danych z obecnie eksploatowanych kontrolerów (FAS6080);*
- f) wykonana i przekaze Zamawiającemu dokumentację powdrożeniową (wraz prawami autorskimi do niej) upgradowanych kontrolerów macierzowych”.*

W powołanym punkcie 5.1 SIWZ wskazano również, że Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) stanowi załącznik nr 1 do SIWZ.

W SOPZ w odniesieniu do dostawy subskrypcji wraz ze wsparciem technicznym dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania VMware Zamawiający w pkt 1 wskazał, że „*Usługa wsparcia technicznego i subskrypcji oprogramowania VMware, będzie świadczona przez 30 miesięcy od dnia podpisania umowy. Wsparcie dla oprogramowania VMware musi być świadczone przez producenta oprogramowania. Usługa ta musi składać się z dwóch komponentów – subskrypcji czyli dostępu do najnowszych wersji oprogramowania oraz wsparcia technicznego. Wsparcie techniczne będzie świadczone telefonicznie lub drogą elektroniczną.*” Zawarty został tam również wykaz oprogramowania VMware posiadanego przez Zamawiającego, zawierający m.in. wskazanie na ilość, rodzaj posiadanego oprogramowania oraz lokalizację, w której jest wykorzystywany (Polska, USA, i Japonia).



W odniesieniu do zapewnienia usług wsparcia technicznego i serwisu serwerów, macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych oraz przełączników FC Zamawiający w pkt 2 SOPZ wskazał, że *„Usługa wsparcia technicznego i serwisu serwerów, macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych oraz przełączników FC, będzie świadczona przez 30 miesięcy od dnia podpisania umowy. Ze względu na konieczność ochrony informacji u Zamawiającego, w przypadku uszkodzenia i konieczności wymiany dysków twardych (lub innych nośników informacji) w w/w urządzeniach, Wykonawca zagwarantuje że uszkodzone nośniki pozostają własnością Zamawiającego oraz nie podlegają oględzinom lub badaniom poza siedzibą Zamawiającego. Prace serwisowe będą realizowane w miejscu instalacji sprzętu osobiście przez pracownika wykonawcy pod nadzorem Wykonawcy. Szczegółowe warunki zasad świadczenia wsparcia technicznego oraz serwisu zostały określone w Istotnych Postanowieniach Umowy które stanowią załącznik nr 2 do SIWZ.”* Zawarty został tam również wykaz sprzętu posiadanego przez Zamawiającego zawierający m.in. wskazanie na ilość i rodzaj posiadanego sprzętu oraz lokalizację, w której każdy z rodzajów sprzętu jest wykorzystywany (odpowiednio dla każdego rodzaju sprzętu, o ile było to właściwe: Polska, USA, Japonia lub Indie).

Zgodnie z § 2 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy (IPU), stanowiących załącznik nr 2 do SIWZ, *„usługi wsparcia technicznego i serwisu oraz subskrypcji oprogramowania będą świadczone przez Wykonawcę w następujących lokalizacjach:*

- 1) dwie lokalizacje na terenie miasta stołecznego Warszawa;*
- 2) Ambasada RP w Tokio;*
- 3) Ambasada RP w Waszyngtonie;*
- 4) Ambasada RP w New Delhi.”*

Zapisy § 8 IPU odnosiły się do kwestii wynagrodzenia należnego wykonawcy oraz warunków jego płatności. W § 8 ust. 2 pkt 1) IPU Zamawiający postanowił m.in., że wynagrodzenie z *„z tytułu dostarczenia subskrypcji oraz zapewnienia usługi wsparcia technicznego dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania VMware”* ustalone zostało na określoną kwotę (pozostawiono miejsce na wskazanie wynagrodzenia netto, kwoty podatku VAT, oraz wynagrodzenia brutto), przy czym, odpowiednio w lit. a) i b) powołanego zapisu IPU, pozostawiono miejsce na wskazanie wynagrodzenia (netto, kwoty podatku VAT, brutto) należnego wykonawcy za okres odpowiednio 12 i 6 miesięcy. W § 8 ust. 2 pkt 2) IPU zawarto analogiczne zapisy odnoszące się do *„usługi wsparcia technicznego i serwisu serwerów, macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych oraz przełączników FC”*. W § 8 ust. 3 IPU postanowiono, że *„Wynagrodzenie należne Wykonawcy będzie wypłacane*

w częściach po wykonaniu i odbiorze przez Zamawiającego bez zastrzeżeń danej części przedmiotu umowy, przy czym Strony ustalają, iż:

- 1) wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 2 pkt 1, będzie płatne w trzech częściach, odpowiednio po upływie okresu 12 (słownie: dwunastu), 24 (słownie: dwudziestu czterech) i 30 (słownie: trzydziestu) miesięcy realizacji części przedmiotu umowy;
- 2) wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 2 pkt 2, będzie płatne w trzech częściach, odpowiednio po upływie okresu 12 (słownie: dwunastu), 24 (słownie: dwudziestu czterech) i 30 (słownie: trzydziestu) miesięcy realizacji części przedmiotu umowy."

Zgodnie z pkt 14.1.a) SIWZ „Podstawą do określenia ceny jest pełen zakres zamówienia określony w załączniku nr 1 do SIWZ. Cena oferty winna obejmować wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, obejmujące w szczególności: koszt należności celnych, koszt transportu i ubezpieczenia związany z dostarczeniem przedmiotu zamówienia do miejsca wskazanego w pkt. 6.1, a także koszty gwarancji i serwisu, wsparcia technicznego, wykonania dokumentacji powdrożeniowej oraz podatek PTU.” W pkt 14.2.a) SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca podał cenę oferty w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ.

Zgodnie z pkt 1.2 wzoru formularza cenowego Zamawiający oczekiwał określenia wartości brutto za jeden miesiąc tak w odniesieniu do „dostarczenia subskrypcji oraz zapewnienia usługi wsparcia technicznego dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania VMware”, jak i „usługi wsparcia technicznego i serwisu serwerów, macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych oraz przełączników FC”, a następnie przeliczenie wartości brutto w okresie 30 miesięcy świadczenia każdej z usług.

Zgodnie z pkt 15.1 SIWZ cena miała być jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Termin składania ofert, zgodnie z protokołem postępowania, upłynął w dniu 8 lipca 2014 r. Przed jego upływem pięciu wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty, w tym Odwołujący, Przystępujący, a także wykonawca Niver N. sp. j. w Łodzi, zwany dalej Niver.

Przystępujący, w złożonej przez siebie ofercie, ceny odnoszące się do „dostarczenia subskrypcji oraz zapewnienia usługi wsparcia technicznego dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania VMware”, jak i „usługi wsparcia technicznego i serwisu serwerów, macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych oraz przełączników FC” rozbił na dwie wartości, przy czym dla każdej z tych dwóch wartości odniósł inne zapisy w zakresie stawki podatku VAT – wpisał odpowiednio: „23%” albo „N/P”.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o uznaniu oferty złożonej przez Niver za najkorzystniejszą. Wśród ofert nieodrzuconych, które zostały złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu, oferty złożone przez Odwołującego i Przystępującego plasowały się, zgodnie z kryterium ceny, odpowiednio na trzecim i drugim miejscu.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie (sprawa KIO 1667/14), w którym poniósł zarzuty i sformułował żądania przytoczone w obecnie rozpoznawanym odwołaniu. Sprawa ta była rozpoznawana łącznie ze sprawą KIO 1696/14.

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Zamawiający oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty podniesione w obu rozpoznawanych przez Izbę łącznie odwołaniach.

Wobec faktu, iż żaden z przystępujących po stronie Zamawiającego wykonawców nie zgłosił sprzeciwu wobec tegoż uwzględnienia, postanowieniem z dnia 27 sierpnia 2014 r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w obu sprawach.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2014 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni oraz do przedłużenia okresu ważności wadium lub wniesienia nowego wadium.

Pismem z dnia 2 września 2014 r. Zamawiający wezwał Niver do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia, czy cena zaoferowana za „*dostarczenie subskrypcji oraz zapewnienie usługi wsparcia technicznego dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania VMware*” obejmuje wsparcie dla oprogramowania VMware świadczone przez producenta oprogramowania, a tym samym wyjaśnienie, czy kwota brutto obejmuje pełen zakres przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ. Pismem z dnia 5 września 2014 r. Zamawiający ponownie skierował do Niver wezwanie zawarte w piśmie z dnia 2 września 2014 r.

Niver, w dostarczonym Zamawiającemu piśmie z dnia 5 września 2014 r., oświadczył, że nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a tym samym nie przedłuży również okresu ważności wadium.

Pismem z dnia 2 września 2014 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia na jakiej podstawie dokonał wyliczenia cen odnoszących się do „*dostarczenia subskrypcji oraz zapewnienia usługi wsparcia technicznego dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania VMware*”, jak i „*usługi wsparcia technicznego i serwisu serwerów*,”

*macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych oraz przełączników FC*", wymagał przy tym podania podstawy prawnej oraz opisanie stanu faktycznego, na którym wykonawca ten oparł się dokonując takiej interpretacji przepisów.

W piśmie z dnia 3 września 2014 r. Przystępujący zawarł odpowiedź na skierowane do niego wezwanie, przy czym treść tegoż pisma, jak i załączników do niego, zastrzegł, jako dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, ewentualnie jako dokumenty chronione na podstawie ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Do wyjaśnienia zasadności tegoż zastrzeżenia Zamawiający wezwał Przystępującego pismem z dnia 5 września 2014 r.

Przystępujący w piśmie z dnia 8 września 2014 r. przedstawił Zamawiającemu powody, dla których uznał dokonane przez siebie zastrzeżenie za zasadne, przy czym również to pismo objął takim zastrzeżeniem.

Pismem z dnia 15 września 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o uznaniu oferty złożonej przez Przystępującego za najkorzystniejszą, a także o wykluczeniu Niver z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, w którym sformułował zarzuty i żądania przytoczone powyżej.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym w takim stopniu, aby można było uznać, że stwierdzone przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp), a tym samym, aby można było uznać, że rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 186 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył powołany przepis, ponieważ po uwzględnieniu w całości zarzutów zawartych w odwołaniu wniesionym w sprawie

KIO 1667/14 nie wykonał wszystkich czynności zgodnie z żądaniami przedstawionymi w tym odwołaniu. W ocenie Odwołującego „skoro żądanie wezwania Niver i Qumak do wyjaśnień było żądaniem alternatywnym (alternatywa łączna) względem żądania odrzucenia odwołania, a kolejne żądanie wskazywało na wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, to oznacza to, że Zamawiający był uprawniony: (1) albo wezwać Qumak do wyjaśnień (np. z uwagi na standard należytej staranności), a następnie odrzucić jego ofertę, po czym wybrać ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą, (2) albo odrzucić ofertę Qumak (gdyż treść oferty jednoznacznie potwierdza zasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego), po czym wybrać ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą. Wezwanie Qumak do wyjaśnień bez wyboru oferty Odwołującego stanowi naruszenie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.”

W ocenie Izby czynności podjęte przez Zamawiającego po wydaniu przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach KIO 1667/14 i KIO 1696/14 odpowiadały żądaniom zawartym w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego w sprawie KIO 1667/14. Jak to już Izba ustaliła, Zamawiający wystąpił tak do Niver (pismo z dnia 2 i 5 września 2014 r.), jak i do Przystępującego (pismo z dnia 2 września 2014 r.), z wezwaniami do przedstawienia odpowiednich wyjaśnień, czy to odnoszących się do materii rażąco niskiej ceny, czy to sposobu obliczenia ceny – wezwania z dnia 2 i 5 września 2014 r. Jak sam to podnosił Odwołujący w rozpoznawanym odwołaniu w poprzedniej sprawie wnosił on o „dokonanie czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Niver i Qumak z przyczyn wskazanych w (poprzednim) odwołaniu lub wszczęcie procedury wyjaśnienia treści oferty na okoliczności podniesione w uzasadnieniu”. Takie sformułowanie przez Odwołującego żądania pozwalało uznać, tak Zamawiającemu uwzględniającemu w całości zarzuty, jak i Izbie rozpoznającej obecne odwołanie, że wykonawca wnoszący odwołanie w sprawie KIO 1667/14 dopuszczał na ówczesnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w oparciu o zebrane przez siebie dowody i ustalone okoliczności sprawy, możliwość wyjaśnienia, tak przez Niver, jak przez Qumak wszelkich wątpliwości, jakie zgłaszał on w odniesieniu do kwestionowanych przez siebie ofert. A tym samym dopuszczał on w odniesieniu do oferty złożonej przez Niver wskazanie wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, czy też w odniesieniu do oferty złożonej przez Qumak złożenia wyjaśnienia wskazującego podstawy prawne i faktyczne przyjętego przez tego wykonawcę sposobu obliczenia ceny. W innym przypadku zakreśliłby on stanowcze żądanie odrzucenia powołanych ofert. Tak jednak nie uczynił – żądał on odrzucenia powołanych ofert, dopuszczając jednocześnie możliwość przedstawienia przez każdego z wykonawców odpowiednich wyjaśnień. Jeśli zatem godził się na możliwość uzupełnienia

przez Zamawiającego wiedzy o ofertach złożonych przez każdego z dwóch wykonawców, musiał również zakładać, że poszerzony przez Zamawiającego zasób wiedzy o przedstawionych mu ofertach pozwoli mu uznać te oferty za odpowiadające w pełni wymogom określonym w SIWZ. W innym przypadku dopuszczenie możliwości składania dodatkowych wyjaśnień byłoby bezcelowe, a Zamawiający powinien niezwłocznie odrzucić każdą z kwestionowanych ofert. Skoro jednak Odwołujący uznawał (co wynika z takiego właśnie sformułowania żądania), że dla podjęcia przez Zamawiającego właściwej decyzji odnoszącej się do dwóch powołanych ofert koniecznym jest wezwanie każdego z wykonawców do przedstawienia odpowiednich wyjaśnień, musiał on tym samym dopuszczać możliwość, że wiedza uzyskana przez Zamawiającego pozwoli mu przyjąć, że oceniane przez niego oferty jednak nie podlegają odrzuceniu. Jak to już wskazano powyżej, bezcelowym byłoby wzywaniem każdego z wykonawców do przedstawienia odpowiednich wyjaśnień, z jednoczesnym z góry powziętym zamiarem odrzucenia każdej z ofert w oparciu o zebraną wcześniej wiedzę na temat tych ofert. Przyjęcie odmiennego założenia stałoby w sprzeczności z literalną treścią żądania określonego przez Odwołującego w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1667/14 i to nawet w zestawieniu ze stanowczymi twierdzeniami zawartymi w samym odwołaniu o konieczności odrzucenia powołanych ofert. W tym elemencie w powołanym odwołaniu zachodziła omawiana tu wewnętrzna sprzeczność – niemożliwym jest bowiem jednoczesne odrzucenie oferty i dalsze wyjaśnianie jej treści – koniecznym było wybranie określonej ścieżki postępowania wobec każdej z ofert. A Odwołujący przez sformułowanie żądania alternatywnego pozostawił Zamawiającemu rozstrzygnięcie, która z dwóch alternatyw będzie stanowiła pełniejszą realizację wymogów wynikających z przepisów prawa, a w szczególności ustawy Pzp. Kierując się tak dokonaną wykładnią żądania Odwołującego, Izba uznała, że czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadały w swej istocie jednej z alternatyw wskazanych w żądaniu Odwołującego. Na poczynioną przez Izbę wykładnię nie oddziaływał fakt zawarcia w tym samym odwołaniu żądania uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą – podjęcie takiej czynności przez Zamawiającego mogłoby być jedynie jedną z konsekwencji realizacji jednej z dopuszczonych przez Odwołującego ścieżek postępowania przez Zamawiającego wobec złożonych mu ofert. Skoro możliwym było, w świetle żądań alternatywnych odrzucenie ofert poprzedzających w ustalonym przez Zamawiającego rankingu ofert oferty złożonej przez Odwołującego, możliwym było również uznanie tej właśnie oferty za najkorzystniejszą. Jednakże jak to już zostało wskazane, sam Odwołujący dopuszczał możliwość przyjęcia za możliwą inne ścieżki postępowania, tj. złożenie przez każdego z wykonawców odpowiednich wyjaśnień, a tym samym dopuszczenie możliwości przyjęcia, że którakolwiek z dwóch kwestionowanych ofert może zostać uznana za odpowiadającą wymaganiom

Zamawiającego – w takim przypadku wyłączone byłoby jednoczesne uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą, a tym samym powołane żądanie byłoby niemożliwym do zrealizowania.

Niejako na marginesie powyższych rozważań wskazać należy, że zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty powinien, co do zasady, zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom odwołującego. Należy jednak przy tym pamiętać, że dokonując czynności, które mają stanowić zadośćuczynienie żądaniom uznanego w całości odwołania, zamawiający musi mieć też na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia powinien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp. W innym przypadku może on zostać pociągnięty do odpowiedzialności, zaś obciążona wadą umowa może zostać unieważniona. Tak też, pod kątem naruszenia przepisów regulujących przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, Izba będzie weryfikowała prawidłowość czynności dokonanych przez zamawiającego po wcześniejszym uznaniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które to czynności nie zostały wykonane zgodnie z żądaniami sformułowanymi w tym odwołaniu. Naruszenie przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp nie może stanowić samostojącej podstawy do wniesienia odwołania. Ewentualne stwierdzenie przez Izbę takiego naruszenia nie przesądza samo w sobie o uwzględnieniu odwołania, ale rodzi po stronie Izby obowiązek merytorycznego rozpoznania i rozstrzygnięcia, czy nowe czynności, podjęte po uznaniu w całości zarzutów podniesionych we wcześniejszym odwołaniu, są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp przez niewypełnienie wszystkich żądań z poprzednio wniesionego odwołania, twierdził jednocześnie że zarzucane Zamawiającemu zaniechania podjęcia określonych czynności stanowiło jednocześnie naruszenie art. 45 ust. 1, art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji RP poprzez faktyczne ograniczanie Odwołującemu drogi do sądu przez pozorne uwzględnianie zarzutów odwołania. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że Izba posiada kompetencję do rozpoznawania odwołań jedynie wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechaniu czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Tym samym Wykonawca wnosząc odwołanie jest władny

kwestionować jedynie prawidłowość działań lub zaniechania takich działań przez Zamawiającego jako stanowiących naruszenie prawa materialnego, tj. przepisów regulujących tak na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia, jak i na etapie jego przeprowadzania, przysługujące Zamawiającemu i Wykonawcom prawa oraz nałożone na nich obowiązki. W rozpoznawanej sprawie Izba uznała, że nie zostało udowodnione, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający realizując jedno z alternatywnych żądań Odwołującego wypełniał nałożone na niego przepisami prawa obowiązki, nie sposób było uznać, że postępowanie Zamawiającego w jakikolwiek sposób, w podnoszonym przez Odwołującego zakresie, oddziałuje negatywnie na prawa Odwołującego i wyłącza temu wykonawcy możliwość dochodzenia własnych racji i zabezpieczenia swych interesów na drodze procedur opisanych przepisami ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosił zarzuty wobec szeregu czynności podjętych przez Zamawiającego już po dniu wydania przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach KIO 1667/14 KIO 1696/14.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że nie był on zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez Niver, który to wykonawca nie przedstawił wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jak to już Izba ustaliła, Zamawiający pismem z dnia 2 września 2014 r. wezwał Niver w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wezwanie to ponowił w piśmie z dnia 5 września 2014 r. Na żadne z tych wezwań Niver nie odpowiedział. Uwzględniając tę okoliczność zasadnie Odwołujący podnosił, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Niver na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie brak jednak było podstaw, aby uznać, że stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy, miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Powołany wykonawca został bowiem wykluczony przez Zamawiającego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy, z uwagi na złożenie przez niego oświadczenia będącego stanowczą odmową przedłużenia terminu związania go złożoną przez niego ofertą. Mając na uwadze fakt, iż Niver został przez Zamawiającego wyeliminowany z grona wykonawców, których oferty podlegały ocenie w celu wyboru oferty najkorzystniejszej (zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą), Izba uznała, że zaniechanie dokonania działań, które podnosił Odwołujący, nie oddziaływało negatywnie na wynik



postępowania, co z kolei pozwoliło Izbie uznać, w oparciu o regulację art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, że stwierdzone naruszenie nie może przesądzić o uwzględnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucał też Zamawiającemu naruszenie:

- „art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 ze zm.; dalej: „ZNK”) poprzez błędne przyjęcie, że informacje przekazane przez Qumak, a dotyczące zgodności oferty z SIWZ, sposobu obliczenia ceny lub czynu nieuczciwej konkurencji, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem Zamawiający nie jest uprawniony do ich upubliczniania,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 6 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że przedstawione przez Qumak wyjaśnienia nie wskazują na złożenie przez tego wykonawcy oferty niezgodnej z SIWZ, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny,
- art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie że Zamawiający uprawniony jest do prowadzenia negocjacji z Qumak w zakresie sposobu obliczenia ceny, poprzez przyjmowanie za legalne wyliczeń opartych o ilości (wielkości) dostaw, które to wielkości nie zostały opublikowane w SIWZ, zatem brak było w SIWZ danych niezbędnych do tych wyliczeń, (...)
- art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zaniechania uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy badaniu ofert, oraz poprzez podjęcie w Postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego Postępowania.”

Odwołujący podnosił, że w dniu 23 września 2014 r., kiedy uzyskał on dostęp do dokumentacji postępowania, Zamawiający odmówił mu wglądu w treść wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego. W jego ocenie sposób obliczenia ceny nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a z uwagi na fakt, iż nie miał on możliwości zapoznania się z treścią wyjaśnień Przystępującego wniósł o zweryfikowanie ich treści przez Izbę. Żył on przekonanie, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia nie pozwalały uznać Zamawiającemu, że wykonawca ten złożył ofertę, która nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Ponadto, zdaniem Odwołującego, między Zamawiającym a Przystępującym toczyły się niedozwolone na gruncie ustawy Pzp negocjacje. Uważał on, że zapisy SIWZ nie pozwalały na przyjęcie założeń, które poczynił Przystępujący kalkulując swą cenę ofertową. Natomiast uwzględnienie przez Przystępującego w tejże kalkulacji rozwiązań, które nie zostały w SIWZ opisane (poczynienie dodatkowych, wykraczających poza SIWZ, treści i założeń),

a następnie uwzględnienie przez Zamawiającego treści takich wyjaśnień jako prawidłowych i stanowiących adekwatną odpowiedź na wezwanie z dnia 2 września 2014 r., stanowiło właśnie prowadzenie niedozwolonych zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji. Odwołujący stał również na stanowisku, iż wobec postawienia w poprzednim odwołaniu (sprawa KIO 1667/14) szeregu zarzutów wobec czynności badania i oceny oferty złożonej przez Przystępującego, zobowiązany był on odnieść się do tych właśnie zarzutów w piśmie z dnia 15 września 2014 r. informującym wykonawców o uznaniu oferty złożonej przez Przystępującego za najkorzystniejszą. Takie zaniechanie stanowić miało naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut prowadzenia przez Zamawiającego z Przystępującym niedozwolonych negocjacji dotyczących złożonej przez tego wykonawcę oferty. Jak to już ustalono, Zamawiający pismem z dnia 2 września 2014 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnienia na jakiej podstawie dokonał wyliczenia cen odnoszących się do „*dostarczenia subskrypcji oraz zapewnienia usługi wsparcia technicznego dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania VMware*”, jak i „*usługi wsparcia technicznego i serwisu serwerów, macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych oraz przełączników FC*”, przy czym wymagał on podania podstawy prawnej oraz opisanie stanu faktycznego, na którym wykonawca ten oparł się dokonując takiej interpretacji przepisów. Przystępujący takiej odpowiedzi Zamawiającemu udzielił – wskazał w niej i na podstawie faktyczną, wywiedzioną z zapisów SIWZ (przywoływanych przez Przystępującego również w toku rozprawy przed Izbą), i na podstawie prawną, której słuszność zastosowania wsparł dodatkowo odpowiednimi dowodami. Analiza treści przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień nie pozwoliła Izbie uznać, iż w wyjaśnieniach tych znalazły się odniesienia do faktów stanowiących podstawę kalkulacji cenowej, których istnienia nie sposób było wywieść z treści przekazanej wykonawcom SIWZ. Stąd też brak było powodów dla przyjęcia, że składane przez Przystępującego wyjaśnienia wykraczały poza zakreślone przez art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ramy wyjaśnień i uznane zostać mogły za wykluczone przez ten przepis negocjacje z Zamawiającym.

Kierując się tym przekonaniem, wobec braku dowodów przeciwnych, Izba uznała, że brak było podstaw, aby uznać, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp. Konsekwencją tegoż, było z kolei uznanie, że w takim przypadku niezasadnym byłoby również przyjęcie, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3), czy też art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Skoro bowiem Przystępujący oparł swą kalkulację o zapisy SIWZ i powszechnie obowiązujące przepisy prawa, niewłaściwym byłoby zarzucanie Zamawiającemu,

że zaniechał on odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W tym kontekście zauważyć należy, że cena określana przez wykonawców za „*dostarczenie subskrypcji oraz zapewnienie usługi wsparcia technicznego dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania VMware*”, jak i za realizację „*usługi wsparcia technicznego i serwisu serwerów, macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych oraz przełączników FC*” miała charakter ryczałtu, co słusznie podnosił Przystępujący. Dlatego też nie istotnym było to ile w trakcie realizacji przedmiotu umowy wykonawca będzie zmuszony odbyć podróży zagranicznych – należne mu wynagrodzenie nie było zależne w żaden sposób od tej okoliczności (Odwołujący nie wskazał zapisów SIWZ, które pozwoliłyby wysnuć odmienne wnioski). Niezależnie bowiem od liczby wyjazdów zagranicznych, wypłacane wykonawcy wynagrodzenie pozostawać miało na tym samym, z góry określonym, poziomie. Dlatego też za niezajdujące oparcia w zapisach SIWZ Izba uznała oczekiwania wyrażone przez Odwołującego, aby w wyjaśnieniach składanych przez Przystępującego zawarte zostały dane o liczbach zakładanych przez niego wyjazdów zagranicznych. Słusznie też zauważył w toku rozprawy przed Izbą Przystępujący, że okoliczności przywoływane przez Odwołującego, w takim kontekście, w jakim były one przywoływane, miałyby znaczenie dla ustalenia ceny netto, a nie określenia stawki podatku VAT – a sposobu ustalenia przez Przystępującego ceny netto oferty Odwołujący nie kwestionował.

W rozpoznawanej sprawie, w ocenie Izby, nie zostało również wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający nie wypełnił wszystkich obowiązków wpływających z tej regulacji. Jak sam Odwołujący wskazał w odwołaniu, Zamawiający w piśmie z dnia 15 września 2014 r. zawarł informację, o jedynym kryterium oceny ofert była cena, a Przystępujący złożył ofertę z najniższą ceną. Z przepisu tego nie wynika natomiast obowiązek Zamawiającego do kolejnego przywoływania przepisów ustawy stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia złożonej przez niego oferty i wykazywania innym wykonawcom, że nie zaszyły okoliczności uzasadniające takie właśnie wykluczenie wykonawcy lub odrzucenie oferty. Sam fakt zaliczenia przez Zamawiającego

badanej oferty do grona tych, spośród których wybiera on ofertę najkorzystniejszą stanowi potwierdzenie uznania przez niego, że wykonawca ten nie został przez niego wykluczony, a złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu. Zakresu obowiązków nałożonych na Zamawiającego przepisem art. 92 ust. 1 pkt 1), a nawet szerzej przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp nie zmienia, jak chciałby tego Odwołujący, okoliczność wcześniejszego uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym do Prezesa Izby. Przepis art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, w pkt 2) i 3), wymaga jedynie podania uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności odrzucenia ofert lub wykluczenia wykonawców. Nie wymaga jednak od Zamawiającego wskazywania powodów, dla których określonej oferty nie odrzucił lub wykonawcy nie wykluczył. Mając to na uwadze, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy Pzp we wskazanym tu zakresie.

Zasadnie natomiast podnosił, w ocenie Izby, Odwołujący, iż Zamawiający zaniechał udostępnienia mu tej części korespondencji z Przystępującym, a w szczególności wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, która to część została przez Przystępującego bezpodstawnie zastrzeżona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak to już ustalono, Przystępujący w piśmie z dnia 3 września 2014 r. zawarł odpowiedź na skierowane do niego wezwanie z dnia 2 września 2014 r., przy czym treść tegoż pisma, jak i załączników do niego, zastrzegł, jako dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, ewentualnie jako dokumenty chronione na podstawie ustawy o ochronie informacji niejawnych. Do wyjaśnienia zasadności tegoż zastrzeżenia Zamawiający wezwał Przystępującego pismem z dnia 5 września 2014 r. Przystępujący w piśmie z dnia 8 września 2014 r. przedstawił Zamawiającemu powody, dla których uznał dokonane przez siebie zastrzeżenie za zasadne, przy czym również to pismo objął takim zastrzeżeniem. Analiza treści ostatniego z przywołanych pism, a także uwzględnienie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego w toku rozprawy, pozwalała, w ocenie Izby, uznać, że jeden z dokumentów przywołanych i złożonych wraz z wyjaśnieniami z dnia 3 września 2014 r. został zastrzeżony przez Odwołującego bezpodstawnie. Jak sam to Odwołujący w toku rozprawy przed Izbą wyjaśniał kalkulując cenę oparł się na tym, gdzie usługa jest wykonywana i na podstawie tej informacji, wyspecyfikowanej na stronach od 19 do 25 SIWZ określił odpowiednie stawki podatku VAT (w odniesieniu do części z usług uznał, iż nie podlegają one temu podatkowi). W piśmie z dnia 8 października 2014 r. (przekazanym Stronom bez czynienia przy tym jakichkolwiek zastrzeżeń co do objęcia jego treści tajemnicą przedsiębiorstwa) stwierdził on, że złożona przez niego jawna oferta wprost wskazywała, że dla usług świadczonych na nieruchomości za granicą określił on stawkę

„NP”, która „jest zasadą w podatku VAT związaną z miejscem świadczenia usług (art. 28a-28o ustawy o VAT) i nie jest to stricte jedną ze stawek podatku VAT”. W toku rozprawy przed Izłą dodał jeszcze, że „każdy z wykonawców ma taki sam dostęp do przepisów prawa i mógłby – gdyby zainteresował się odpowiednimi regulacjami w sposób dostateczny – również rozliczyć cenę w sposób, w jaki uczynił to przystępujący, który ma już odpowiednie doświadczenie w realizacji tego typu usług”. Uwzględniając ujawnione przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego okoliczności, a także charakter zastrzeżonego dokumentu Izba uznała, iż nie zostało przez Przystępującego wykazane, że poczynione przez niego zastrzeżenie objęcia tegoż dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa było uzasadnione i znajdowało swe oparcie w przepisach prawa i stanie faktycznym. W piśmie z dnia 8 września 2014 r. Odwołujący argumentował, że choć przedstawiona przez niego indywidualna interpretacja podatkowa jest de facto upubliczniona na stronach Biuletynu Informacji Publicznej Ministerstwa Finansów (BIP MF), tak jak tego wymaga art. 14i § 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r. poz. 749 z późn. zm.), to jednak w tej ujawnionej wersji tego dokumentu usunięte zostały dane identyfikujące wnioskodawcę oraz inne podmioty wskazane w treści interpretacji. Twierdził on w powołanym piśmie, iż wartość gospodarczą, uzasadniającą poczynione przez niego zastrzeżenie, stanowi możliwość zastosowania stawki „NP” w ramach zamówienia, co zwiększa jego konkurencyjność w postępowaniach o udzielenie zamówienia, a ujawnienie tej informacji tę konkurencyjność by obniżyło, ponieważ działanie Przystępującego mogłoby zostać kopiowane przez inne podmioty. Stanowisko to stoi w sprzeczności z przytoczonym wcześniej stanowiskiem Przystępującego prezentowanym w toku rozprawy, gdzie twierdził on, że „każdy z wykonawców ma taki sam dostęp do przepisów prawa i mógłby – gdyby zainteresował się odpowiednimi regulacjami w sposób dostateczny – również rozliczyć cenę w sposób, w jaki uczynił to przystępujący”. Skoro zatem, jak sam dostrzegał to Przystępujący, każdy z wykonawców, gdyby tylko „zainteresował się odpowiednimi regulacjami w sposób dostateczny” i uwzględnił sposób rozliczania podatku VAT opisany w upublicznionej na stronach BIP MF interpretacji podatkowej, mógł w taki sam sposób skalkulować cenę ofertową, nieuzasadnionym było zastrzeżenie jako objętego tajemnicą przedsiębiorstwa faktu uzyskania przez Przystępującego indywidualnej interpretacji podatkowej. Z przedstawionych przez niego wyjaśnień (pismo z dnia 8 września 2014 r.) wynika bowiem niezbiecie, że wartością gospodarczą dla Przystępującego jest sama tylko możliwość zastosowania określonych przepisów ustawy o podatku VAT, a te, co oczywiste są jawne dla wszystkich podatników i przez każdego mogą być stosowane. Przywoływane przez Przystępującego korzyści wypływające z faktu uzyskania takiej interpretacji odnoszą się do uprawnień w sferze prawa podatkowego i zabezpieczenia interesów podatnika w relacji z organami

podatkowymi. Nie wykazał on jednak, jak korzyści te wpływać miały na konkurencyjność składanych przez niego ofert, czy też samą możliwość powoływania się przez inne podmioty na określone przepisy ustawy o podatku VAT.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający dopuścił się zarzucanego mu przez Odwołującego naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn zm.) poprzez błędne przyjęcie, że informacje przekazane przez Przystępującego w zakresie tu omówionym, a dotyczące zgodności oferty z SIWZ, sposobu obliczenia ceny lub czynu nieuczciwej konkurencji, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem przyjęcie, że Zamawiający nie jest uprawniony do ich upubliczniania. Niemniej jednak, Izba uznała, że stwierdzone przez nią naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, nie oddziaływało negatywnie na wynik postępowania (Odwołujący nie wykazał, aby naruszenie to miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego), co z kolei pozwoliło Izbie stwierdzić, w oparciu o regulację art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, że stwierdzone naruszenie nie może przesądzić o uwzględnieniu odwołania.

W odniesieniu do drugiego z przedstawionych przez Przystępującego wraz z powoływanymi wyjaśnieniami dokumentów Izba nie znalazła, w świetle argumentacji Odwołującego, podstaw do uznania, że dokument ten został nieprawidłowo objęty zastrzeżeniem jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa, choćby z uwagi na zawarte w nim odpowiednie klauzule poufności przywoływane przez Przystępującego w piśmie z dnia 8 września 2014 r.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, które pociągałoby za sobą konieczność uwzględnienia rozpoznawanego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....