

**Sygn. akt: KIO 2260/15
KIO 2261/15**

**WYROK
z dnia 10 grudnia 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Dawid Wypych**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 9 listopada 2015 r. i 7 grudnia 2015r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2015r. przez:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm w składzie Hadatap spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 59, EBS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 59 i Praetor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Lirowa 27**
- B. **wykonawcę Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, ul. Energetyczna 4**

przy udziale **wykonawcy Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2260/15 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, al. Jana Pawła II 39A** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 2260/15 i KIO 2261/15 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm w składzie Hadatap spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 59, EBS spółka z**

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 59 i Praetor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Lirowa 27 zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2261/15 po stronie odwołującego

orzeka:

1A. oddala odwołanie **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm w składzie Hadatap spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 59, EBS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 59 i Praetor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Lirowa 27**

1B. uwzględnia odwołanie **wykonawcy Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14** w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie wobec wykonawcy **Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, al. Jana Pawła II 39A** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy **Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, al. Jana Pawła II 39A** w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadanego doświadczenia, w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm w składzie Hadatap spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 59, EBS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 59 i Praetor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Lirowa 27** oraz **Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, ul. Energetyczna 4** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm w składzie Hadatap spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 59, EBS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 59 i Praetor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Lirowa 27 oraz przez wykonawcę **Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14**

tytułem wpisów od odwołań,

2.2.

- a) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm w składzie Hadatap spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 59, EBS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 59 i Praetor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Lirowa 27** na rzecz **Skarbu Państwa - Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, ul. Energetyczna 4** kwotę **3 600 zł. 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- b) zasądza od **Skarbu Państwa - Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, ul. Energetyczna 4** na rzecz **wykonawcy Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14** kwotę **15 000 zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu.

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 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, wdrożenie oraz utrzymanie Systemu zarządzania aktami z wykorzystaniem technologii RFID zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 lipca 2015r. za numerem 2015/S 124-227801.

W dniu 6 października 2015r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania, w której poinformował, że dokonał wyboru oferty wykonawcy Comarch Polska SA z siedzibą w Krakowie i nie wykluczył żadnego wykonawcy, ani nie odrzucił żadnej oferty. Jednocześnie zamawiający przyznał wykonawcom następującą punktację:

1. Comarch Polska SA: 50 pkt w kryterium cena i 40 pkt w kryterium technologia, w tym 10 pkt – za wykorzystanie etykiety RFID z funkcją automatycznego dopasowania impedancji układu do warunków podłoża etykiety w celu optymalizacji odczytów, 0 pkt – za czułość czytnika mobilnego i etykiety określone w ramach badań w komorze bez odbiciowej, 10 pkt – za przedstawienie do testu wdrożonych przez wykonawcę inteligentnych półek, 20 pkt. – za przedstawienie do testu wdrożonego urządzenia „śluza RFID”
2. Asseco Poland SA: 42,52 pkt w kryterium cena i 45 pkt w kryterium technologia, w tym 10 pkt – za wykorzystanie etykiety RFID z funkcją automatycznego dopasowania impedancji układu do warunków podłoża etykiety w celu optymalizacji odczytów, 10 pkt – za czułość czytnika mobilnego i etykiety określone w ramach badań w komorze bez odbiciowej, 5 pkt – za przedstawienie do testu wdrożonych przez wykonawcę inteligentnych półek, 20 pkt. – za przedstawienie do testu wdrożonego urządzenia „śluza RFID”
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm w składzie Hadatap spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, EBS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Praetor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – dalej Konsorcjum Hadatap: 36,14 pkt w kryterium cena i 40 pkt w kryterium technologia, w tym 10 pkt – za wykorzystanie etykiety RFID z funkcją automatycznego dopasowania impedancji układu do warunków podłoża etykiety w celu optymalizacji odczytów, 0 pkt – za czułość czytnika mobilnego i etykiety określone w ramach badań w komorze bez odbiciowej, 10 pkt – za przedstawienie do

testu wdrożonych przez wykonawcę inteligentnych póltek, 20 pkt. – za przedstawienie do testu wdrożonego urządzenia „śluza RFID”.

Sygn. akt KIO 2260/15

W dniu 16 października 2015r. odwołanie wniosło Konsorcjum Hadatap na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechanie wykluczenia wykonawcy Comarch, zaniechanie odrzucenia oferty Comarch zaniechanie wezwania wykonawcy Comarch do złożenia wyjaśnień, zaniechanie odrzucenia oferty Asseco i nieuzasadnioną odmowę udostępnienia informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu spółki Hadatap, upoważnionego do reprezentacji tej spółki samodzielnie, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Hadatap działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 sierpnia 2015r. udzielonego przez pozostałych członków konsorcjum, w tym za Preator przez wiceprezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS załączonym do odwołania, za EBS przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 października 2015r.

Odwołujący Konsorcjum Hadatap zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechanie uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich próbek złożonych przez Comarch, a przez Asseco w zakresie testów inteligentnej półki oraz „śluzy RFID”, protokołów z testów obligatoryjnych oraz testów w zakresie wszystkich kryteriów oceny ofert dotyczących próbek Comarch, natomiast Asseco w zakresie testów inteligentnej półki oraz śluzy „RFID”, korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami Asseco i Comarch w fazie badania i oceny ofert, w szczególności dotyczącej oceny próbek, po dokonaniu testów do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również nagrań z testów obligatoryjnych oraz informacji, czy etykiety RF1D załączone do oferty Comarch oraz Asseco są identyczne, jak użyte w czasie testów inteligentnej półki i śluzy „RFID”, a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1- 3 i w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawy)
2. zaniechanie uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oferty Comarch w zakresie wykazu zamówień oraz dokumentów mających potwierdzać należyte wykonanie zawartych w wykazie zamówień oraz wyjaśnień lub uzupełnień dotyczących tych dokumentów, jak również uzasadnienia objęcia informacji

- zawartych w ww. dokumentach jako tajemnica przedsiębiorstwa, a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 - 3 i w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy;
3. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez Comarch oraz Asseco pomimo, iż treść złożonych przez tych wykonawców ofert nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „siwz”) ze względu na fakt, iż wbrew wymaganiom siwz próbki etykiet RFID złożone wraz z ofertą różnią się od próbek etykiet użytych ocenie w kryterium oceny ofert „Technologia”, a tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy ewentualnie zaniechanie odrzucenia na podstawie art. 82 ust. 1 w zw. z 89 ust. 1 pkt 1 ustawy obu ofert złożonych w postępowaniu przez Comarch i obu ofert złożonych przez Asseco
 4. z ostrożności - dokonanie oceny oferty Comarch i Asseco niezgodnie z kryterium oceny ofert w kryterium „Technologia” w zakresie oceny inteligentnych półek oraz „śluzy” RFID poprzez przyznanie Comarch w tym kryterium bezpodstawnie 30 pkt., a Asseco 25 pkt., co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy;
 5. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania, pomimo że wykonawca Comarch złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a z ostrożności - zaniechanie wyjaśnienia złożonych przez Comarch dokumentów w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z 26 ust. 4 ustawy oraz zaniechanie wystąpienia do podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonywane do przedłożenia dodatkowych informacji i dokumentów zamawiającemu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z par. 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”);
 6. z ostrożności - zaniechanie wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania, pomimo że wykonawca Comarch nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego w siwz doświadczenia, a tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z 24 ust. 2 pkt 4 ustawy;
 7. z ostrożności - zaniechanie wezwania wykonawcy Comarch do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a tym samym naruszenie przez zamawiającego art, 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy;
 8. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Asseco z Postępowania, pomimo że wykonawca Asseco złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik

postępowania, a tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a z ostrożności - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Asseco z postępowania, pomimo że oferta wykonawca Asseco w zakresie czytnika mobilnego nie spełnia wymagań siwz wynikających z standardów radiowych RRD UHF ETSI 302-208 w zakresie dopuszczalnej mocy, a tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;

9. z ostrożności - zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy, bowiem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący Konsorcjum Hadatap wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił czynność oceny i badania ofert, w tym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Comarch oraz dokonał ponownie czynności oceny i badania ofert:

- uznając za nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wskazanym w odwołaniu (zarzuty 1 i 2 odwołania),
- wykluczając Comarch i Asseco (zarzuty 5, 6, 8),
- odrzucając ofertę Comarch i Asseco (zarzuty 3,8),
- z ostrożności wzywając do uzupełnienia dokumentów Comarch (zarzut 7),
- z ostrożności wzywając do wyjaśnienia dokumentów Comarch (zarzut 5),
- z ostrożności oceniając zgodnie z kryteriami oceny ofert ofertę Comarch (zarzut 4).

Z ostrożności procesowej odwołujące Konsorcjum domagało się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i następnie unieważnienia postępowania,

W ocenie odwołującego się Konsorcjum, jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. W ten sposób zamawiający pozbawił go możliwości uzyskania zamówienia. Dowodzi to naruszenia interesu, zdaniem odwołującego, w postępowaniu oraz szkody i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i nast. ustawy.

W uzasadnieniu podniósł, w zakresie związanym z zarzutami dotyczącymi oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że zaniechanie uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich próbek złożonych przez Comarch, a przez Asseco - w zakresie testów inteligentnej półki oraz „śluzy RFID”, protokołów z testów obligatoryjnych oraz testów w zakresie wszystkich kryteriów oceny ofert dotyczących próbek Comarch, natomiast Asseco w zakresie testów inteligentnej półki oraz śluzy „RFID”, korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami Asseco

i Comarch w fazie badania i oceny ofert, w szczególności dotyczącej oceny próbek, po dokonaniu testów do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również nagrań z testów obligatoryjnych oraz informacji, czy etykiety RFID załączone do oferty Comarch i Asseco są identyczne, jak użyte w czasie testów inteligentnej półki i „śluzy” RFID, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1- 3 i w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy.

Odwołujący pismem z 5 października br. wystąpił do zamawiającego o wgląd do protokołu postępowania i wykonanie kopii fotograficznej próbek złożonych w postępowaniu przez wykonawców oraz raportu bądź innych dokumentów zawierających informacje o przebiegu i wynikach przeprowadzonych testów.

W odpowiedzi zamawiający zaprosił pismem z 5 października 2015 roku do wglądu próbek, wyraził zgodę na zrobienie fotokopii z zastrzeżeniem dokumentów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, po czym nie udostępnił próbek ani Asseco, ani Comarch. W związku z tym odwołujący ponowił wniosek mailem z dnia 9 października br. zamawiający jednak 12 października 2015 roku kolejny raz odmówił udostępnienia w szczególności próbek oraz protokołów z testów m.in. inteligentnej półki i „śluzy” RFID, a także nagrań oraz korespondencji dotyczącej testów. W celu ustalenia czy etykiety RFID dostarczone przez pozostałych wykonawców na potrzeby oceny ofert w kryterium „Technologia” są takie same, jak złożone wraz z ofertą odwołujący zwrócił się 9 października 2015 roku do zamawiającego drogą elektroniczną z pytaniem, czy testy inteligentnych półek oraz „śluzy” RFID zostały przeprowadzone na identycznych etykietach do tych, które zostały złożone jako próbki w ofertach? Dnia 12 października 2015 roku w odpowiedzi na zadane pytanie zamawiający wymijająco stwierdził jedynie, iż „testy zostały przeprowadzone zgodnie z warunkami wskazanymi w siwz”, co w żadnym stopniu, w ocenie odwołującego się Konsorcjum, nie może być odebrane jako odpowiedź na zadane pytanie i nasuwa uzasadnione wątpliwości co do zgodności próbek złożonych wraz z ofertą przez Comarch i Asseco z próbkami, jakie zostały przedstawione do testów dla celu oceny ofert tych wykonawców. Konsorcjum Hadatap podkreśliło przy tym, iż w skierowanym pytaniu odwołujący nie żądał podania szczegółowych danych technicznych dotyczących etykiet RFID, a tym samym udzielenie odpowiedzi na to pytanie nie stanowiłoby naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił odmowy udzielenia wskazanej informacji. Zaniechanie zamawiającego udzielenia powołanej informacji, w ocenie Konsorcjum, narusza art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 - 3 ustawy. Ogranicza bezprawnie odwołującemu dostęp do informacji stanowi naruszenie ustawowych uprawnień odwołującego i naraża go na szkodę. Zamawiający konsekwentnie odmawia udostępnienia odwołującemu wglądu do kluczowych dla oceny prawidłowości działań zamawiającego w postępowaniu, w szczególności wszystkich próbek złożonych przez Comarch oraz Asseco (w zakresie dotyczącym oceny inteligentnej półki i „śluzy” RFID), jak również protokołów z przebiegu testów, nagrań z

testów w komorze bez odbiciowej oraz korespondencji dotyczącej oceny ofert (próbek) tych wykonawców. Odmawia także przedstawienia uzasadnienia uznania tych dokumentów i informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym bardziej zadziwiająco, zdaniem Konsorcjum, jest działanie zamawiającego, mając na uwadze, iż np. czytnik mobilny wszyscy wykonawcy zaoferowali taki sam (producent - Convergence Systems Limited, model CS101, Formularz oferty, pkt 4, wiersz nr 5 tabeli prezentującej komponenty sprzętowe). Udostępnienie próbek wyłącznie do wglądu także nie będzie skutkowało ujawnieniem jakichkolwiek informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zadziwia odmowa udostępnienia protokołów z testów w sytuacji, gdy ich wypełnienie ogranicza się do odznaczenia w rubryce „Wynik”, że wymaganie jest spełnione.

Działanie zamawiającego w niniejszej sprawie stanowi, w ocenie Konsorcjum, naruszenie fundamentalnych zasad postępowania o zamówienie publiczne, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, której zasada jawności jest przejawem i istotnym gwarantem.

Nieuzasadniona odmowa dostępu do informacji, które w istocie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, uniemożliwia odwołującemu obronę własnych interesów w postępowaniu, uniemożliwia weryfikację prawidłowości oceny ofert dokonanej przez zamawiającego, prawidłowości przyznania punktów, a tym samym prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej. Podkreślenia, zdaniem Konsorcjum, wymaga, iż w przypadku, gdy dokument zawiera tylko w części informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wówczas tylko w tej części może nastąpić odmowa jego udostępnienia. Konsorcjum Hadatap zauważyło, że w przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa to zamawiający musi wykazać, iż jego decyzja o odmowie udostępnienia informacji, była usprawiedliwiona uzasadnionym zastrzeżeniem określonych informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców.

Co do zaniechania uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oferty Comarch w zakresie wykazu zamówień oraz dokumentów mających potwierdzać należyte wykonanie zawartych w wykazie zamówień i wyjaśnień lub uzupełnień dotyczących tych dokumentów, jak również uzasadnienia objęcia informacji zawartych w ww. dokumentach tajemnicą przedsiębiorstwa, to stanowi to naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 -3 i w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy.

Zamawiający w Rozdziale XI pkt 3 ppkt 1 lit. a -c siwz (k.6) opisał sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W Rozdziale XII pkt 1 ppkt 7 siwz (k. 9) zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wypełnionego wykazu wykonanych usług z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączenia dowodów, czy zostały wykonane należycie (wg wzoru stanowiącego zał. nr 5 do siwz). Według Konsorcjum należy domniemywać, iż

Comarch złożył ów wykaz i dokumenty mające potwierdzić należyte wykonanie usług. Zamawiający jednak odmówił zarówno 6 października, jak i 12 października udostępnienia odwołującemu ww. dokumentów załączonych do oferty Comarch z uwagi na fakt objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Polemika odwołującego z decyzją zamawiającego z natury rzeczy musi być w niniejszej sprawie dość ogólnikowa, bowiem odwołujący nie zna treści przedmiotowych dokumentów. Konsorcjum Hadatap podkreśliło jednak, iż w przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa to zamawiający musi wykazać, iż jego decyzja o odmowie udostępnienia informacji, była usprawiedliwiona uzasadnionym zastrzeżeniem określonych informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców.

W przypadku wykazu bez naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający mógł udostępnić część tabeli obrazującej wartość wykonanych usług, jej opis, termin realizacji, referencje (bez podania nazwy kontrahenta).

Odwołujący wskazał, iż już potwierdzenie się choćby części zarzutów dotyczących nieuzasadnionej odmowy udostępnienia przez zamawiającego informacji, które tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią, należy ocenić, zdaniem odwołującego, jako naruszenie przepisów ustawy mogące mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ustawy. Tym samym stanowi wystarczającą przesłankę do uwzględnienia odwołania.

W konsekwencji Konsorcjum Hadatap stwierdziło, że dalsze zarzuty, dotyczące oceny ofert, zostały postawione z ostrożności procesowej. Odwołujący formułując je musiał opierać się w przede wszystkim na domniemaniach i poczynionych założeniach lub dowodach pośrednich. Zarzuty te mogłyby być przez odwołującego zweryfikowane, gdyby otrzymał dostęp do żądanych dokumentów, w tym próbek i informacji. Od momentu uzyskania możliwości zapoznania się z wnioskowanymi materiałami postępowania zaczęłyby biec termin na wniesienie odwołania na czynność oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty Comarch odwołujący sformułował zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez Comarch pomimo, iż treść złożonej przez tego wykonawcę oferty nie odpowiada treści siwz ze względu na fakt, iż wbrew wymaganiom siwz próbki etykiet RFID (inaczej „transpondery”) złożone wraz z ofertą różnią się od próbek transponderów użytych przy ocenie w kryterium oceny ofert „Technologia”, a tym samym stanowią naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty Comarch na podstawie art. 82 ust. 1 w zw. z 89 ust. 1 pkt 1 ustawy obu ofert złożonych w postępowaniu przez Comarch.

Zamawiający w siwz wymagał, aby wykonawcy wraz z ofertą złożyli m.in. 20 etykiet RFID (Rozdział XII, pkt 2.5 lit. a, k. 13 siwz oraz wyjaśnienia z 23 września 2015 roku). Próbkę te miały być oceniane pod względem ich zgodności z siwz poprzez przeprowadzenie testów

obligatoryjnych (pkt. 3.1 i 3.2, k. 13 siwz). Negatywny wynik testu w tym zakresie skutkować miał odrzuceniem oferty (k. 17 siwz). Ponadto wykonawcy mieli możliwość zgłosić dodatkowo do testów wykonane przez siebie inteligentne półki i stanowisko kompletacji („śluza” RFID). Te elementy oferty wykonawców podlegały ocenie w ramach kryterium oceny ofert określonych w Rozdziale XXI siwz (k. 17 siwz). Odwołujący wskazał na podjęte przez siebie działania w celu ustalenia tożsamości etykiet.

Konsorcjum Hadatap uważa za uprawnione twierdzenie, iż próbki etykiet RFID załączone do oferty Comarch różniły się od próbek etykiet RFID użytych do testów inteligentnej półki „śluzy” RFID.

Odwołujący jako dowód powołał zeznania świadków M. G. i T. M. (doręczenia na adres zamawiającego oraz Instytut Logistyki i Magazynowania, ul. E. Estkowskiego 6, 61-755 Poznań) na okoliczność wykazania, że próbki etykiet RFID załączone do oferty Comarch różniły się od próbek etykiet RFID użytych do testów inteligentnej półki i „śluzy” RFID, oraz na próbki etykiet RFID Comarch - w aktach postępowania.

Pismem z 23 września 2015 roku zamawiający poinformował, że jeśli wykonawca zamierza przystąpić do testu próbek w celu uzyskania punktów w kryterium „Technologia” zobowiązany jest do dostarczenia w miejscu prowadzenia testów „śluzy” RFID i inteligentnych półek „co najmniej dodatkowych 30 etykiet RFID (20 etykiet RFID, które zostały dostarczone wraz z ofertą w celu zbadania warunków udziału w postępowaniu do wykorzystania Wykonawcy)”, zamawiający wskazał, iż testu inteligentnych półek (Rozdział XXI pkt. 2 ppkt 3, k. 27 siwz) dokona poprzez „kontrolę 5 losowo wybranych teczek dokumentów”. W kolejnym podpunkcie (ppkt 4) siwz określono sposób przeprowadzenia testu „śluzy” RFID poprzez „3-krotne sprawdzenie kompletności zamówień obejmujących co najmniej 50 teczek złożonych w koszu/wózku do przewozu dokumentów”. Zastosowanie różnych próbek etykiet przy testach obligatoryjnych i następnie w kryterium „Technologia” (w celu przeprowadzenia testów konieczne było umieszczenie etykiet na teczkach) byłoby zatem niezgodne z siwz oraz rzutowałoby na wiarygodność testów i czyniło ocenę ofert niemierną. Nie można, zdaniem odwołującego, pominąć faktu, iż pozytywne testy obligatoryjne dotyczące m.in. etykiet warunkowały dopuszczenie do dalszej oceny w kryterium „Technologia”. Co więcej, testy etykiet RFID w zakresie obejmującym funkcję automatycznej zmiany impedancji w celu optymalnego dostosowania parametrów radiowych etykiety do podłoża oraz testy w zakresie badania czułości czytnika mobilnego i etykiety (testy w ramach kryterium oceny ofert „Technologia”) realizowane były z użyciem etykiet załączonych do oferty (badanie przeprowadzane było w fazie testów obligatoryjnych w komorze bez odbiciowej - Rozdział XII, pkt 3, tabela 1 - Testy etykiet RFID, wiersz 6, k. 14 siwz oraz tabela 6 - Testy czytnika mobilnego realizowane w komorze bez odbiciowej, wiersz 2, k. 17 siwz i Rozdział XXI pkt 2 ppkt 1) i 2), k. 26 siwz). Oceny te zatem pozostawały ze

sobą w ścisłym związku. Jak wynika z powyższego, zdaniem odwołującego, etykiety dostarczone wraz z ofertą (testy obligatoryjne), jak i te, które miały być użyte w testach, w celu dokonania oceny w kryterium dotyczącym Technologii w zakresie „śluzy” RFID i inteligentnej półki, musiały być takie same. Potwierdza to przebieg testów inteligentnej półki oraz „śluzy” RFID, w których uczestniczyli przedstawiciele odwołującego.

Przystępując do testów inteligentnych półek oraz „śluzy” RFID zamawiający w pierwszej kolejności sprawdził etykiety (porównał je do tych złożonych wraz z ofertą), następnie, gdy stwierdził, że są identyczne, poprosił o zakodowanie etykiet na urządzeniu SKD, które zostało złożone wraz z ofertą. Po stwierdzeniu prawidłowości kodowania (zakodowanie dotyczyło numeru KRS oraz tomu akt) zamawiający przystąpił do kontroli parametrów „śluzy” i inteligentnej półki, po czym przeprowadził dalsze testy w kryterium „Technologia”. Po zakończeniu testów zamawiający oderwał z 5 teczek etykiety (w sumie 5 etykiet RFID), jak wyjaśnił, dla celów dowodowych. Z testów sporządził protokoły w dwóch egzemplarzach, z których po jednym egzemplarzu otrzymał odwołujący.

Jako dowód odwołujący powołał zeznanie świadka P. D. na okoliczność przebiegu testów (doręczenia na adres odwołującego), zeznania świadków M. G. i T. M. na okoliczność przebiegu testów, sposobu dokonywania oceny próbek w świetle postanowień siwz oraz wyglądu próbek.

Konsorcjum Hadatap zauważyło, iż próbki, w tym próbki etykiet RFID w przedmiotowym postępowaniu stanowią ofertę, bowiem tylko oferta może podlegać ocenie w kryterium oceny ofert, co wprost wynika z art. 91 ust. 3 ustawy. Stanowią zatem element oświadczenia woli wykonawcy (zobowiązania) do realizacji umowy w sposób wynikający z oferty, a zmiany w tym zakresie w fazie realizacji umowy będą dopuszczalne wyłącznie w warunkach określonych zgodnie z art. 144 ustawy. Zarówno etykiety RFID, jak i czytniki mobilne, inteligentne półki oraz śluzy stanowią elementy składowe Systemu RFID mającego powstać jako produkt finalny realizacji umowy. Muszą być więc ze sobą kompatybilne, a testy, żeby odzwierciedlały rzeczywiste parametry urządzeń stanowiących ofertę, musiały odbywać się z użyciem takich samych etykiet RFID zarówno w fazie testów obligatoryjnych, jak i testów w kryterium „Technologia”. Przecież realizując umowę wykonawca nie będzie w zależności od rodzaju testu przedstawiał np. etykiet RFID „X”, a dla innych testów etykiety „Y” (pod to by uzyskać optymalny wynik w ramach danego testu), lecz użyje do realizacji umowy jeden rodzaj etykiety RFID (użyty we wszystkich testach na etapie badania i oceny ofert). Tym bardziej, iż w świetle przepisu art. 144 ustawy niewątpliwie, zdaniem odwołującego, zmiany w zakresie dotyczącym elementów punktowanych w kryterium „Technologia” będą zmianami istotnymi. Jeśli poddano by ocenie dwa różne rodzaje etykiet RFID i w związku z tym pojawia się pytanie - to które wykonawca ma dostarczyć? Które zaoferował?

W opisanej sytuacji zatem nasuwa się jednoznaczna odpowiedź na tak postawione pytanie - Comarch złożył dwie oferty różniące się w zakresie etykiet RFID, zatem obie oferty winny zostać odrzucone na podstawie art. 82 ust. 1 w zw. z 89 ust. 1 pkt 1 ustawy

W zakresie twierdzeń odwołania, że dokonanie oceny oferty Comarch jest niezgodnie z kryterium oceny ofert w kryterium „Technologia” w zakresie oceny inteligentnych półek oraz „śluzy” RFID z uwagi na przyznanie jej w tym kryterium bezpodstawnie 30 pkt. i stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy.

Z ostrożności odwołujący wskazał, iż nawet jeśli uznać, iż próbki etykiet złożone wraz z ofertą do oceny obligatoryjnej nie musiały być takie same (czemu odwołujący przeczy i co - gdyby było dopuszczalne - oznaczałoby, iż postępowanie obarczone jest wadą skutkującą koniecznością unieważnienia postępowania) jak próbki etykiet użyte do testów „śluzy” RFID i inteligentnych półek w ramach kryterium „Technologia”, to niewątpliwie i jedne, i drugie musiały odpowiadać wymaganiom siwz opisującym parametry techniczne etykiety RFID. Tymczasem próbki etykiet RFID zastosowane przez Comarch w testach „śluzy” RFID i inteligentnej półki nie odpowiadają wymaganiom siwz (pkt 4.1.8.2 OPZ).

Konsorcjum Hadatap wyjaśniło, iż RFID (ang. Radio-frequency Identification) jest to technika, która wykorzystuje fale radiowe do przesyłania danych oraz zasilania elektronicznego układu (etykieta RFID) stanowiącego etykietę obiektu przez czytnik, w celu identyfikacji obiektu (w tym przypadku teczki akt sądowych). Technika umożliwia odczyt, a czasami także zapis, układu RFID. Dla każdego czytnika RFID jego zasięg rozpatrywany jest w relacji do zastosowanych etykiet RFID. W zależności od użytych etykiet zasięg może wynosić od kilkudziesięciu centymetrów do nawet 10 metrów od anteny czytnika. Jednym z głównych parametrów wpływających na zasięgi odczytu jest kształt i rozmiar anteny w etykiecie RFID. Z powyższego wynika, iż w przypadku wykorzystania tej technologii należy rozpatrywać zawsze parę elementów tj. etykietę RFID (transponder, tag) oraz czytnik. Jak wynika z Rozdziału 4 Dostawa sprzętu, pkt. 4.1.3.2 do 4.1.8.3 (k. 37-42 opisu przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ”) przedmiotem niniejszego zamówienia jest m.in. dostawa kompletnego systemu RFID składającego się z:

- SKD - stanowiska kodowania dokumentów,
- SWPD - stanowisko wydawania / przyjmowania dokumentów,
- Czytnika mobilnego,
- „śluzy” RFID,
- Inteligentne półki,
- etykiety/transpondery RFID.

W powyższym układzie zamawiający określił szczegółowo cechy etykiet/transponderów RFID (4.1.8.2, k. 41 - 42 OPZ). Wszystkie urządzenia, tj. SKD, SWPD, „śluz”, czytnik mobilny, inteligentne półki muszą prawidłowo współpracować z etykietami RFID opisanymi w

siwz (w OPZ). W tym celu zamawiający zażądał, aby każdy z wykonawców dostarczył obligatoryjnie próbki SKD, SWPD, czytnika mobilnego i etykiet RFID (Rozdział XII, pkt 2.5 lit. a-d, k. 13 siwz) oraz opcjonalnie zaprezentował zamawiającemu działające próbki „śluzy” RFID oraz inteligentnych półek (Rozdział XII, pkt 2.6 lit. a - b, k. 13 siwz) za co przydzielał dodatkową punktację.

Testy inteligentnych półek i „śluzy” należało przeprowadzić (podobnie jak testy SKD, SWPD i czytnika mobilnego) na etykietach RFID zgodnych z siwz (4.1.8.2, k. 41 OPZ) inaczej testy te nie potwierdzałyby zgodności zaproponowanego w ofercie rozwiązania z siwz. W tym celu zamawiający w piśmie z dnia 23 września 2015 roku - powoływany w pkt. 1 niniejszego pisma - poinformował wykonawców, iż zapewni im możliwość wykorzystania złożonych przez nich próbek etykiet RFID, a jednocześnie z uwagi na fakt, iż test ma dotyczyć 50 teczek akt, wskazał na konieczność przedstawienia, w celu wykonania testów, minimum 30 sztuk dodatkowych etykiet RFiD. Przed przystąpieniem do testów funkcjonalnych opcjonalnych próbek zamawiający w pierwszej kolejności winien sprawdzić, czy dostarczone rozwiązanie tj. odpowiednio etykiety RFID, „śluza” i inteligentne półki spełniają wymogi siwz, a więc zarówno wymogi stawiane urządzeniom jak i etykietom, z którymi mają być stosowane. Podstawowy parametr etykiet, który mógł być sprawdzony bez specjalnego sprzętu radiowego, to wymiar anteny zawartej w etykiecie RFID. Zgodnie z pkt. 4.1.8.2 lit. f, g, h (k. 42 OPZ) wymiary anteny powinny mieścić się w widełkach od 3 do 6 mm szerokości oraz od 110 do 160 mm długości, a maksymalny wymiar etykiety to 20 mm na 180 mm. Tymczasem wymiary zarówno anteny, jak i samej etykiety użytej do testów, były niezgodne z powołanymi wymaganiami siwz. Jako dowód odwołujący powołał zeznanie świadków dr. M. G. Kierownika Laboratorium Technologii Identyfikacyjnych i T. M. Zastępcę Kierownika L.T.I. na okoliczność przebiegu testów, sporządzenia raportów z testów, sposobu dokonywania oceny próbek w świetle postanowień siwz, oraz próbki etykiet RFID Comarch - w aktach postępowania.

W trakcie testów urządzeń oferowanych przez odwołującego zamawiający przed przystąpieniem do testów zarówno obligatoryjnych, jak i w ramach kryterium „Technologia” sprawdził wymiary etykiet, a po testach pobrał dla celów dowodowych próbki etykiet używanych do testów. Przebieg testów odwołujący opisał powyżej powołując dowody z zeznań świadków, które podtrzymuje.

Konsorcjum Hadatap stwierdziło, iż wykonanie testów inteligentnych półek oraz „śluzy” RFID z wykorzystaniem etykiet RFID nie spełniających wymogów siwz w zakresie długości anteny oraz wymiarów etykiety nie może być uznane za zgodne z siwz i takie próbki powinny otrzymać ocenę 0 pkt. W przeciwnym razie dopuszczenie do testów inteligentnej półki oraz „śluzy” RFID teczek z etykietami nie spełniającymi wymagań siwz prowadziłyby do fałszywych wyników testów, nie gwarantując poprawności kompleksowego działania

zamówionego rozwiązania. W związku z tym, iż postanowienia siwz, w tym OPZ należy traktować łącznie i komplementarnie, co zresztą potwierdził sam zamawiający wyjaśniając pismem z 4 sierpnia 2015 roku, że „zobowiązania wykonawcy kształtuje treść całej dokumentacji postępowania - dokumentację tę należy czytać łącznie”. Zatem zdaniem odwołującego należy uznać, iż testy próbek „śluzy” i inteligentnych półek z etykietami RFID innymi niż wymagane przez zamawiającego nie spełniają wymogów siwz. Uwzględniając powyższe oferta Comarch winna otrzymać w kryterium „Technologia”, podkryterium 3 i 4 zero punktów zamiast 30,

W zakresie zaniechanie wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania, pomimo że wykonawca Comarch złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a tym samym naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a z ostrożności - zaniechania wyjaśnienia złożonych przez Comarch dokumentów w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy oraz zaniechanie wystąpienia do podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonywane do przedłożenia dodatkowych informacji i dokumentów zamawiającemu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z par. 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów odwołujący podniósł, że zarówno wykaz wykonanych zamówień złożony przez Comarch, jak i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług (Rozdziale XII pkt 1 ppkt 7 siwz, k. 9) nie zostały odwołującemu udostępnione, odwołujący nie ma możliwości szczegółowego odniesienia się do wskazanych dokumentów. Zważywszy jednak fakt, iż Comarch nie zamierza korzystać z podwykonawców w realizacji zamówienia (co wynika z formularza ofertowego), odwołujący założył, iż zamówienie przedstawione w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, musiał zrealizować sam Comarch (nie posługuje się zasobami podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy).

Jednak na jego stronie internetowej (gdzie szeroko opisuje zrealizowane wdrożenia) nie są dostępne informacje o jakimkolwiek wdrożeniu z zakresu RFID. Także w środowisku podmiotów zajmujących się tą technologią nie pojawiły się informacje o realizacji przez Comarch takiego wdrożenia. Przedmiot zamówienia jest innowacyjny i nowatorski, a każdy przypadek wdrożenia systemu RFID służącego do zarządzania dokumentami (papierowymi) byłby w środowisku profesjonalistów działających w tej branży znany. Także na stronie internetowej żadnej ze spółek grupy kapitałowej Comarch nie ma informacji, aby wykonawca Comarch realizował takie wdrożenie. To w konsekwencji odwołujący uważa za uprawniające go do przyjęcia, iż zarzut podania przez Comarch nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania jest zasadny.

Z ostrożności odwołujący dodał, iż zamawiający - dysponując profesjonalnym wsparciem ekspertów - powinien, w świetle opisanych wyżej okoliczności co najmniej powziąć uzasadnione wątpliwości odnośnie rzetelności i prawdziwości informacji zawartych w

wykazie zrealizowanych zamówień i referencjach. Zatem zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy znalazł w okolicznościach sprawy uzasadnienie. W przypadku uzasadnionych wątpliwości także zamawiający powinien skorzystać z możliwości wystąpienia o dodatkowe informacje i dokumenty (np. umowę) do podmiotu na rzecz którego Comarch (wg wykazu załączonego do oferty i referencji) zrealizował wykazywane zamówienie. Zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z par. 1 ust, rozporządzenia o dokumentach.

Odnosnie zaniechania wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania, pomimo że wykonawca Comarch nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego w siwz doświadczenia, a tym samym co stanowi naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, odwołujący podniósł, iż Comarch nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zamawiający w Rozdziale XI pkt 3 ppkt 1 lit. a - c siwz (k.6) opisał sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W Rozdziale XII pkt 1 ppkt 7 siwz (k. 9) zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wypełnionego wykazu wykonanych usług z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączenia dowodów, czy zostały wykonane należycie (wg wzoru stanowiącego zał. nr 5 do siwz). Załączone do oferty Comarch dokumenty nie potwierdzają, że Comarch wykazał spełnienie omawianego warunku udziału w postępowaniu, bowiem zamówienie, które realizował nie odpowiada - w zakresie przedmiotowy oraz wartościowym, a także terminowym - wymaganemu przez zamawiającego powołanych postanowieniach siwz.

Zaniechanie wezwania wykonawcy Comarch do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a tym samym stanowi naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art 26 ust. 3 ustawy.

Zarzuty związane z oceną oferty Asseco

Zarzuty dotyczące użycia do oceny oferty Asseco w kryterium „Technologia” innych etykiet RFID, niż złożone wraz z ofertą są takie same, jak w odniesieniu do Comarch. Identyczna także jest argumentacja odwołującego w tym zakresie, jak ta, dotycząca oferty Comarch, zatem odwołujący ją podtrzymał w zakresie dotyczącym Asseco, w tym zgłoszone wnioski dowodowe.

Oferta Asseco winna zatem być odrzucona na podstawie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ze względu na fakt, iż wbrew wymaganiom siwz próbki etykiet RFID złożone wraz z oferta różnią się od próbek etykiet użytych ocenie w kryterium oceny ofert „Technologia”, ewentualnie odrzucone powinny zostać obie oferty Asseco na podstawie art. 82 ust. 1 w zw. z 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Z ostrożności odwołujący wskazał na dokonanie

oceny oferty Asseco niezgodnie z kryterium oceny ofert „Technologia” w pkt. 3 i 4 (Asseco winno otrzymać w tych podkryteriach 0 punktów zamiast 25).

W zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy Asseco z postępowania, pomimo że wykonawca Asseco złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co stanowi naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, i zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Asseco z postępowania, pomimo że oferta wykonawcy Asseco w zakresie zaoferowanego czytnika mobilnego nie spełnia wymagań siwz wynikających ze standardów radiowych RFID UHF ETSI 302-208 w zakresie dopuszczalnej mocy, co stanowi naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odwołujący podniósł, że zamawiający w siwz wymagał, aby wykonawcy wraz z ofertą złożyli m.in. czytnik mobilny (Rozdział XII, pkt 2.5 lit. d, k. 13 siwz). Próbkę tę miały być oceniane pod względem ich zgodności z siwz poprzez przeprowadzenie testów obligatoryjnych (pkt 3.1 i 3.2, k. 13 siwz), a także w kryterium oceny ofert (tabela 6 - Testy czytnika mobilnego realizowane w komorze bez odbiciowej, wiersz 2, k. 17 siwz i Rozdział XXI pkt 2 ppkt 1 i 2, k. 26 siwz). W kryterium oceny ofert czytnik powinien wykonać 5 pomiarów maksymalnej wartości RSSI. Na podstawie pomiarów miała zostać obliczona wartość średnia, która zostanie poddana ocenie. Zamawiający w siwz wskazał, iż wartość lepsze niż - 55 dBm to 1 pkt, lepsza niż - 50 dBm to 5 pkt., a lepsza niż -45 dBm to 10 pkt.

Wszyscy wykonawcy w postępowaniu zaoferowali taki sam model czytnika mobilnego - Convergence Systems Limited CS101, co wynika ze złożonych formularzy oferty (pkt 4, wiersz nr 5 tabeli prezentującej komponenty sprzętowe we wszystkich ofertach). Zatem i wyniki w testach winny być zbliżone. Jak wynika jednak z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej ofertę Asseco w tej pozycji oceniono na 10 pkt, podczas gdy Comarch i Odwołującego na punktów 0. Z protokołu badań wynika, iż czytnik prezentowany przez Asseco wskazał poziom RSSI równy - 41 dBm. Jednak w świetle praw fizyki osiągnięcie takiego rezultatu obiektywnie nie jest, w ocenie odwołującego możliwe. Aby czytnik mógł osiągnąć taki wynik musiałby posiadać moc powyżej 40 dBm (10W) przy założeniu nieosiągalnej 100% sprawności etykiety RFID (w praktyce strata energii na etykiecie wynosi 6-10 dBm). Zamawiający wymagał, aby czytnik był zgodny ze standardem radiowym RFID UHF ETSI 302-208 oraz, aby działał w paśmie 865,6 - 867,6 MHz (pkt. 4.1.5.2. lit. a, b OPZ). Standard ten dopuszcza maksymalną moc czytników RFID w tym paśmie na poziomie 33 dBm (2W) (pkt. 8.3.3, k. 23 standardu radiowego) - wyciąg ze standardu radiowego, odwołujący powołał jako dowód w sprawie załączając do odwołania.

Z opisanych faktów wynika, że przedstawiony przez Asseco czytnik mobilny nie spełnia wymagań siwz w zakresie maksymalnej mocy czytników (dopuszczalne 2W, a czytnik posiada ponad 10W) lub program do odczytu poziomu RSSI na czytniku mobilnym został przez Asseco zmodyfikowany w taki sposób, aby zawyżał wyniki w celu osiągnięcia wyższej,

niezasłużonej punktacji. Innymi słowy, aby podawał nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością wyniki RSSI.

Jako dowód odwołujący wnioskował o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków M. G. i T. M. na okoliczność, że wynik osiągnięty w testach przez czytnik mobilny Asseco złożony wraz z ofertą budzi uzasadnione wątpliwości, co do zgodności jego parametrów z wymaganiami siwz oraz rzetelności wyniku RSSI, oraz wnioskował o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Odwołujący podniósł, że jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99) używane na gruncie różnych aktów normatywnych pojęcie prawdy rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Również w orzecznictwie KIO wskazuje się, iż informacją nieprawdziwą jest informacja niezgodna z rzeczywistością, nie znajdująca potwierdzenia w rzeczywistym (obiektywnym) stanie faktycznym.

Tym samym Asseco przedstawiło próbkę czytnika mobilnego niezgodnego z siwz lub podało nieprawdziwe informacje odnośnie wyników pomiarów (niemożliwe obiektywnie, zgodnie z zasadami fizyki do osiągnięcia). Informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem rzutują na liczbę punktów otrzymaną przez Asseco w kryterium oceny ofert. Działanie wykonawcy Asseco, w ocenie Konsorcjum Hadatap wskazuje, iż celowo wprowadził zamawiającego w błąd, aby uzyskać większą liczbę punktów. Przedstawiając zamawiającemu czytnik o nienormatywnej mocy (niezgodnej z siwz) lub ze zmodyfikowanym oprogramowaniem (prezentujący nierzeczywisty wynik pomiarów) chciał uzyskać większą liczbę punktów w kryterium „Technologia”. Liczba punktów przyznana w kryteriach oceny ofert zawsze może mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślenia wymaga, iż podanie nieprawdziwych informacji dotyczyło jednego z kluczowych, podlegających ocenie parametrów. Takie działanie jest sprzeczne z art. 7 ust. 1 ustawy i nie może korzystać z ochrony i winno skutkować wykluczeniem Asseco z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący zaznaczył, iż wykonawca nierzetelny, podający nieprawdziwe informacje nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego i winien być w myśl powołanych przepisów wykluczony z udziału w nim.

Podkreślił jednocześnie, że gdyby wynik pomiaru uznać za prawidłowy czyli rzeczywiście, czytnik osiągnąłby wartość RSSI równą -41dBm musiałby to oznaczać, iż oferta Asseco jest niezgodna siwz (pkt. 4.1.5.2 lit. a,b, k. 39 OPZ), gdyż powołany w tym punkcie standard radiowy RFID UHF ETSI 301-208 dopuszcza maksymalnie moc 2 Wat (33 dBm), a czytnik Asseco dysponuje mocą powyżej 10 Wat (40 dBm). W konsekwencji oferta Asseco winna być odrzucona jako niezgodna z siwz.

W zakresie żądania unieważnienia postępowania Konsorcjum Hadatap wskazało, iż w postępowaniu zostały popełnione błędy prowadzące do konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy, bowiem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczności faktyczne wskazują, iż zamawiający naruszył w postępowaniu przepisy ustawy w sposób, który mógł mieć wpływ na wynik postępowania.

Podstawową okolicznością przemawiającą za wskazanym wyżej wnioskiem jest fakt, iż zamawiający nie udostępnił próbek poddawanych ocenie w ramach kryterium oceny ofert „Technologia”, bowiem nimi nie dysponuje. W przypadku okazywania odwołującemu próbkę objętych przez Comarch tajemnicą przedsiębiorstwa odwołującym okazano pudła, informując, iż znajdują się w nich złożone wraz z ofertą próbki. Zatem te próbki znajdowały się w dyspozycji zamawiającego. Jako dowód odwołujący powołał przesłuchanie świadka A. C. (powiadomienie na adres odwołującego) na okoliczność przebiegu udostępnienia próbek. Ponadto zamawiający nierówno traktuje wykonawców w niniejszym postępowaniu, gdyż zatrzymał próbki etykiet od odwołującego użyte do oceny w kryterium „Technologia” w zakresie inteligentnej półki i „śluzu” RFID, podczas gdy nie zachował ich w przypadku pozostałych wykonawców. Podobnie sporządził protokół z testów w tym zakresie także wyłącznie w przypadku odwołującego. Powołane zaniechania nie pozwalają na weryfikację prawidłowości czynności zamawiającego w postępowaniu. Gdyby sporządzone zostały protokoły z testów pozostałych wykonawców i opatrzone klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, wówczas okazałyby zamawiający dokument zakrywając jego treść (tak jak robił to w przypadku innych dokumentów).

Jako dowód odwołujący powołał przesłuchanie świadka P. D. na okoliczność przebiegu udostępnienia dokumentacji postępowania.

Odwołujący podkreślił, iż próbki etykiet RFID - jako element oferty - stanowią załącznik do protokołu (art. 96 ust. 2 ustawy) i powinny być przechowywane przez zamawiającego przez okres 4 lata, z zastrzeżeniem postanowień art. 97 ust. 2 ustawy.

Nie zachowując próbek zamawiający nie będzie mógł także prawidłowo realizować umowy - nie będzie możliwa ocena dopuszczalności zmian na gruncie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy. Odwołujący przypomniał, iż zgodnie z art. 140 ustawy „zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie”. Powołany przepis odczytywać należy wraz z art. 82 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym „treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Tym samym ustawa wymaga, aby zobowiązanie wynikające z oferty było zgodne z siwz i znalazło odzwierciedlenie w umowie. Jak odwołujący wskazywał zamawiający nie sporządził także protokołów z testów inteligentnej półki oraz śluzu „RFID” wykonawców Asseco i Comarch,

podczas gdy zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest w formie pisemnej. Powołane błędy nie mogą zostać naprawione, gdyż ponowne dostarczenie próbek przez wykonawców nie gwarantuje, iż będą to te same próbki, które były przedmiotem testów w zakresie inteligentnej półki i „śluzy” RFID. Także sporządzenie protokołów na aktualnym etapie postępowania nie gwarantuje ich wiarygodności. Natomiast powtórzenie testów - jak zamawiający przesądził w siwz - nie jest możliwe.

Jako dowód odwołujący powołał zeznania świadka M. G. i T. M. na okoliczność wykazania braku protokołu testów dotyczących inteligentnych półek oraz „śluzy” RFID, przebiegu oceny ofert w kryterium „Technologia”.

Wskazane błędy zamawiającego mają, w ocenie odwołującego, znaczenie fundamentalne dla realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Uniemożliwiają jakąkolwiek kontrolę prawidłowości postępowania zamawiającego, a także zawarcie i realizację umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne. Powołane wady postępowania są nieusuwalne oraz mogły mieć wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej.

W dniu 19 października 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20 października 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Asseco Poland SA wskazując, że ma interes w oddaleniu odwołania w zakresie zarzutów związanych z oceną przez zamawiającego jego oferty, gdyż uwzględnienie odwołania w tym zakresie pozbawiłoby go możliwości uzyskania zamówienia, a oferta przystępującego Asseco jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 lipca 2015r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS który załączono do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą faksową i elektroniczną w dniu 20 października 2015r.

W dniu 22 października 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Comarch Polska SA wskazując, że ma interes w oddaleniu odwołania, gdyż tylko takie rozstrzygnięcie pozwoli zgłaszającemu utrzymać dotychczasowy status wykonawcy wybranego. Uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do utraty przez zgłaszającego możliwości uzyskania zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4

sierpnia 2015r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu i prokurenta, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 22 października 2015r.

W dniu 9 listopada 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i podnosząc w pierwszej kolejności brak interesu odwołującego Konsorcjum Hadatap w uzyskaniu zamówienia w zakresie żądania unieważnienia postępowania, gdyż żądanie, to wyklucza możliwość uzyskania przez konsorcjum zamówienia publicznego – tak Izba w wyroku sygn. akt KIO 1557/11. Co do zarzutu zaniechania odtajnienia informacji dotyczących oferty wykonawcy Comarch zamawiający podniósł, że zarzuty te są spóźnione już w dniu 9 września 2015r. zamawiający poinformował Konsorcjum Hadatap, że uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tym samym termin na wniesienie odwołania na ewentualne zaniechanie zamawiającego upłynął w dniu 19 września 2015r. – tak wyrok KIO sygn. akt KIO 108/15. Zamawiający podniósł, że już w dacie udostępnienia ofert do wglądu istniało zaniechanie odtajnienia ofert wykonawców i na decyzję o odmowie udostępnienia oferty w całości przysługiwało odwołanie – tak wyrok Kio sygn. akt KIO 100/12. Zamawiający nie jest zobowiązany do poinformowania wykonawcy, czy zakończył czynności weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, stąd to na wykonawcy spoczywa ryzyko, że wnieśnie odwołanie na zaniechanie odtajnienia, które może być ocenione jako spóźnione. Merytorycznie odnosząc się do podniesionego zarzutu zamawiający wskazał, że co do Asseco, to testy śluzy i półki inteligentnej, ani korespondencja pomiędzy nim, a Asseco nie były utajnione, natomiast nie udostępnił wykonawcy próbek Comarch i testów obligatoryjnych oraz testów dotyczących kryteriów oceny ofert, a także korespondencji pomiędzy nim, a Comarch, w takim zakresie, w jakim odnosiły się one do informacji zastrzeżonych w ofercie Comarch. Zamawiający podniósł, że pojęcie informacja jest pojęciem niezośmym z pojęciem dokument, dokumenty z testów próbek stanowią pochodną zastrzeżenia prezentacji próbki, a w konsekwencji również podlegają utajnieniu. Co do braku udostępnienia nagrań z testów, to zamawiający podkreślił, że testy nie były nagrywane ani utrwalane przez zamawiającego. Ponadto zamawiający podniósł, że w dniu 6 września 2015r. udostępnił odwołującemu próbki, w takim zakresie, w jakim nie były one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co przedstawiciel odwołującego potwierdził pisemnie. Protokół postępowania został odwołującemu udostępniony w dniu 12 października 2015r., zaś załączniki do niego (z wyjątkiem ofert) są jawne od daty wyboru oferty najkorzystniejszej. Co do testów śluzy i półek inteligentnych, to zamawiający wskazał na treść rozdziału XXI siwz i podniósł, że półki i śluza nie były składane wraz z ofertą, a zamawiający dopuszczał możliwość przedstawienia mu urządzenia już funkcjonującego u

określonych podmiotów i przeprowadzenia tam testów, z której to możliwości wykonawcy skorzystali, stąd nie mógł służyć i półkę udostępnić, gdyż nimi nie dysponował, a na etapie składania ofert nie były one składane wraz z ofertą, a jedynie zgłaszane do oceny. Podkryteria przedmiotowe były znane wykonawcom od momentu upublicznienia siwz na stronie internetowej zamawiającego. Zamawiający podniósł, że Konsorcjum Hadatap jest w swoich zarzutach niekonsekwentne, z jednej strony podnosi, że w protokołach z takich testów nie ma żadnej szczególnej informacji, a nadto wyniki testów zostały odzwierciedlone w informacji o wyniku postępowania, Co do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do próbek Comarch, to zamawiający podniósł, że próbka ma charakter techniczny i technologiczny i z orzecznictwa wynika, że wykonawcy są uprawnieni do zastrzegania próbki jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Co do wykazu usług, to w ocenie zamawiającego nie stanowi on prostego odzwierciedlenia siwz, wykonawcy musieli podać dane identyfikujące zamówienie i nie sprowadzało się to do zaznaczenia opcji – tak lub nie. Wykaz zamówień wraz z referencjami zawiera oznaczenie kontrahentów, zakres kontaktów gospodarczych, współpracy z innymi podmiotami, a także zakres zamówienia, w tym dane techniczne dotyczące jego realizacji, zaś zastrzeżenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług jest konsekwencją zastrzeżenia wykazu. Zamawiający nie znalazł podstaw do odtajnienia tych dokumentów. W części oznaczonej jako dotycząca informacji zastrzeżonych przez Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa zamawiający podał podmioty na których zamówienie i doświadczenie powołał się Comarch i wskazał dlaczego uznał skuteczność tego zastrzeżenia. Co do korespondencji pomiędzy zamawiającym, a Comarch zamawiający podniósł, że istotę utajnienia stanowi informacja i jeżeli dany wykonawca zastrzeże informację w swojej ofercie to logicznym jest, że wezwania zamawiającego i odpowiedzi wykonawcy w tym zakresie nie mogą być udostępnione. Na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się komplet informacji po którym można zidentyfikować zamówienia wskazane w dokumentach złożonych wraz z ofertą. Zasada jawności postępowania nie ma charakteru absolutnego i w postępowaniu ścierają się sprzeczne interesy, z których każdy może zasługiwać na ochronę. Tajemnica przedsiębiorstwa także podlega ochronie, czemu ustawodawca dał wyraz w art. 8 ust. 3 ustawy. Co do zarzutu brak identyczności próbek składanych wraz z ofertą i badanych, to zamawiający stwierdził, że nigdzie w siwz nie było wymogu, aby w kryterium technologia etykiety do oceny były takie same jak przedkładane na spełnienie wymogów opz. Zdaniem zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu próbka spełnia dwojaką rolę. Próbka może jedynie potwierdzać, że np. parametry techniczne oferowanego przez Wykonawcę sprzętu spełniają wymagania Zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia. W drugiej kolejności próbka może podlegać ocenie w ramach ustalonych przez Zamawiającego w siwz kryteriów oceny ofert, stanowiąc każdorazowo kryterium, na podstawie którego oferta jest oceniana. Zamawiający w niniejszej sprawie

określił w siwz, jakie walory/elementy będą oceniane dla inteligentnych półek i „słuzы” RFID, w żadnym miejscu nie stawiając jednak konkretnych wymogów technicznych, w tym konieczności zgodności z opz. Wywód przedstawiony w tym zakresie przez odwołującego stanowi jedynie, w ocenie zamawiającego, nieuprawnioną próbę zmiany - po otwarciu ofert - jasnych i czytelnych postanowień siwz. Oferty mogą być oceniane tylko i wyłącznie na podstawie postanowień siwz, a nie na podstawie intencji, zamiarów, czy też życzeń zamawiającego bądź wykonawców w siwz niewyartykułowanych np. KIO 1717/12, KIO/UZP 248/10.

Kolejny zarzut sformułowany przez odwołującego Hadatap dotyczy zaniechania wykluczenia wykonawcy Comarch na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy. W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, iż okoliczności faktyczne przywoływane w ramach w w, zarzutu przez Hadatap nie przystają do treści oferty spółki Comarch. Zamawiający w części odpowiedzi na odwołanie oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazał usługę na czyją rzecz i przez kogo wykonaną, którą posłużył się przystępujący Comarch. Zamawiający podkreślił, że zarzut odwołującego Hadatap opiera się na domysłach i hipotezach nieznajdujących potwierdzenia w rzeczywistości. Stąd też nie zachodzi przesłanka wykluczenia z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) oraz pkt 4) ustawy. Ponadto są to dwie odrębne podstawy wykluczenia i samo niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie oznacza złożenia nieprawdziwych informacji. Błędne przekonanie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu może wynikać z różnych przyczyn, np. z niewłaściwej interpretacji postanowień siwz. Tymczasem odwołujący Hadatap zdaje się stawiać znak równości pomiędzy przesłanką wykluczenia wykonawcy z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4), przyjmując, iż wykluczenie z uwagi na brak wykazania spełniania warunków winno także skutkować wykluczeniem z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji, co - biorąc pod uwagę dotychczasowe rozważania - stanowi złożenie z gruntu nieprawidłowe. Zamawiający podniósł, że dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania tj. na odwołującym Hadatap, czego odwołujący nie uczynił. Ponadto nie każde podanie informacji obiektywnie niezgodnych z rzeczywistością będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy, a jedynie zawinione, czyli będące wynikiem świadomego działania wykonawcy, co wynika z art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE tak też przyjmuje orzecznictwo np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012r. IV Ca 683/12, ponadto KIO 278/09, KIO 2770/10, KIO 2698/11.

Co do zarzutów związanych z oceną oferty Asseco, to zamawiający podtrzymał dotychczas wyrażone stanowisko, a donoszące się do zarzutów dotyczących oferty Comarch. Ponadto,

zdaniem odwołującego Hadatap, wykonawca Asseco podlega wykluczeniu z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Powyższe wykonawca Hadatap odnosi jednak do zaoferowanego czytnika, a zatem do oświadczenia woli, a nie wiedzy wykonawcy. W tym zakresie nieuprawnionym jest traktowanie o podaniu nieprawdziwych informacji. Informacja nieprawdziwa to informacja niezgodna z rzeczywistym stanem rzeczy - nieodpowiadająca faktom. Złożenie nieprawdziwych informacji może dotyczyć tylko i wyłącznie faktów, a w konsekwencji tylko oświadczeń wiedzy (KIO 2327/12). Oświadczenie woli, jako zakres zobowiązania Wykonawcy, nie stanowi informacji, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy. Oświadczenie woli nie może być rozpatrywane w kategoriach obiektywnych prawda/fałsz (KIO 724/13). Ponadto, w ocenie zamawiającego, nie ma tutaj także mowy o niezgodności oferty z treścią siwz. Owej niezgodności odwołujący Hadatap upatruje w sferze RSSI, a element ten podlegał ocenie w ramach kryterium oceny ofert, a nie w odniesieniu do potwierdzenia spełniania wymagań siwz. Stąd też okoliczności podnoszone przez Hadatap nie stanowią o niezgodności treści oferty Asseco z treścią siwz. Ponadto, nawet ewentualne (choć nie ma ku temu podstaw) potwierdzenia się tego zarzutu skutkowałoby to koniecznością przyznania Asseco w określonym podkryterium dotyczącym RSSI 0 pkt, co nie miałoby wpływu na wynik postępowania. Ponadto, uwzględnienie któregośkolwiek zarzutu dotyczącego Asseco, przy niepotwierdzeniu się zarzutów dotyczących Comarchu, nie ma wpływu na wynik, stąd też zarzuty te nie mogą zostać uznane za zasadne.

W dniu 9 listopada 2015r. przystępujący Comarch wniósł o oddalenie odwołania podzielając stanowisko zamawiającego, że w zakresie żądania odtajnienia dokumentów zarzuty odwołania są spóźnione. Podkreślił, że jego wolą było nie tylko zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa samych próbek, ale także ich prezentacji w ramach procedury testowej. Co do wykazu usług i związanych z nimi dokumentów, to wskazał, że dokumenty te dotyczą także wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia, którego prawidłowości zastrzeżenia odwołujący Hadatap nie kwestionuje i choćby z tej przyczyny nie podlegały udostępnieniu, sam wykaz usług dotyczy zaś zamówienia realizowanego na rzecz podmiotu prywatnego, których nie dotyczy jawność umów, a w konsekwencji również zobowiązania do udostępnienia zasobów dotyczące zamówień realizowanych na rzecz podmiotów prywatnych nie podlegają odtajnieniu. Korespondencja pomiędzy zamawiającym i Comarch jest pochodną uznania za zasadne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż bowiem z samych zapytań mogłoby dojść do pośredniego odtajnienia zastrzeżonych informacji. Co do zarzutu dotyczącego badania etykiet nie będących identycznymi z etykietami załączonymi do oferty, to Comarch wskazał na brak wymogu przedstawienia do testów śluzu i inteligentnych półek tych samych etykiet, co składane z ofertą. Odwołujący Hadatap dokonał własnej

wykładni siwz, podczas gdy postanowienia przeciwne wprost wynikają z rozdziału XXI pkt 3 i 4 siwz oraz odpowiedzi na pytanie 2 z dnia 4 sierpnia 2015r. oraz z wyjaśnień zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2015r. Przedmiotem testów fakultatywnych nie były i nie mogły być oferowane etykiety, gdyż siłą rzeczy etykiety takie nie musiały, i nawet nie mogły spełniać wymagań postawionych dla „inteligencji” półek, mogły być to bowiem rozwiązania wdrożone wiele lat wcześniej, podczas gdy przedmiot zamówienia obejmuje technologie wymagające najnowszych rozwiązań. Zamawiający nie określił, że inteligentne półki i śluza będą testowane na zgodność z OPZ taki test dotyczył tylko urządzeń składanych wraz z ofertą, co wynika z pkt. 3.1. rozdziału XII siwz. Ponadto półki i śluza miały być składane po terminie składania ofert. Przedmiotem testów nie były półki, czy śluzy, ale cecha systemu – algorytm zapewniający funkcjonalność identyfikacji dokumentów. Same urządzenia dostarczają jedynie informacje co odczytują. Standardy wymienione w siwz dla RFID UHF (w tym częstotliwości) charakteryzują z kolei technologię i w takiej technologii zaprezentował Comarch uprzednio wdrożone rozwiązanie inteligentnych półek i śluzy. W konsekwencji etykiety do tego wdrożenia nie musiały być etykietami oferowanymi wraz z ofertą. Zamawiający nie określił czasookresu dla wdrożenia i na potrzeby testów inteligentnych półek liczył się fakt ich wdrożenia na potrzeby weryfikacji funkcjonalności wdrożonego rozwiązania. Ponadto zamawiający nie postanowił, aby konieczne do testów śluzy i półek było użycie 20 etykiet dostarczanych wraz z ofertą. Przystępujący wskazał także na treść pisma zamawiającego z dnia 23 września 2015r. podkreślając, że nie jest to wyjaśnienie treści siwz ale informacją o możliwości wykorzystania złożonych już 20 etykiet, ale braku takiego obowiązku. Podkreślił, że w obecnym postępowaniu zamawiający wymaga automatycznej zmiany impedancji, która to technologia weszła na rynek w 2014r., stąd gdyby przyjąć identyczność etykiet nie można byłoby przedstawić etykiet wdrożonych w rozwiązaniach z np. 2013r. W ramach testów obligatoryjnych zamawiający wprost wskazywał na wykorzystanie urządzeń składanych wraz z ofertą i sposób ich wykorzystania, czego nie czynił w przypadku testów fakultatywnych. Ponadto jak wynika z odpowiedzi na pytanie 17 z dnia 4 sierpnia 2015r. zamówienia nie obejmuje dostawy półki. Przystępujący szeroko opisał rodzaje testów prowadzonych przez zamawiającego, co w ich ramach testowano, w jaki sposób i jakie były wymagania zamawiającego dotyczące urządzeń czy prezentowanych rozwiązań podtrzymując tezę o braku konieczności tożsamości etykiet załączanych wraz z oferta z etykietami, a poddawanych badaniu w ramach testów fakultatywnych. Kolejny zarzut odwołującego Hadatap w ocenie przystępującego Comarch ponownie bazuje na błędnym założeniu, iż „testy inteligentnych półek i „śluzy”” należało przeprowadzić (podobnie jak testy SKD, SWPD i czytnika mobilnego) na etykietach RFID zgodnych z SIWZ"- str. 18 odwołania. Pismo Zamawiającego z dnia 23 września 2015 roku nie jest i nie może być dowodem na prezentowane przez odwołującego rozumienie treści siwz, gdyż po pierwsze oblig

dostarczenia etykiet takich samych jak oferowane (załączone do oferty) nie wynika z jego treści, po drugie - jest to pismo z daty po terminie składania ofert - zatem nie może ono zmieniać ani regulować zapisów Specyfikacji. Podane zaś przez odwołującego wymagane parametry etykiet (pkt. 4.1.8.2. lit f- h: wymiary anteny, długość etykiety itd.) to wymiary etykiet zamawianych przez zamawiającego, na potrzeby znakowania akt sądowych. Oferowane przez przystępującego etykiety (dostarczone wraz z ofertą) spełniają te wymagania. Błędem jest jednak, zdaniem przystępującego Comarch wykładnia, iż podane parametry techniczne są wymogami dla etykiet wykorzystanych w rozwiązaniach uprzednio wdrożonych. Prezentowane uprzednio rozwiązanie nie miało żadnych ograniczeń co do celu i miejsca wdrożenia (nie musiały być to wdrożenia w sądzie na potrzeby teczek akt sądowych). Przedmiotem testu w zakresie inteligentnych półek nie były etykiety, lecz algorytm wyszukiwania teczek dokumentów, który jest cechą systemu, a nie etykiety. Wykładnia odwołującego HADATAP bazująca na „całościowym”, czy „łącznym” odczytywaniu siwz nie może zostać, zdaniem przystępującego Comarch przyjęta, bowiem nawet „łączne” odczytywanie wymagań siwz nie może prowadzić do wniosków przeciwnych niż wynikające z treści Specyfikacji, czy wprowadzać do siwz postanowień w niej nieistniejących.

Odnosnie zarzutu naruszenia art 24 ust, 2 pkt 3) ustawy – zaniechanie wykluczenia z uwagi na złożenie Informacji nieprawdziwej w Wykazie usług, to zarzut jest zupełnie chybiony - fakt wykonania zamówień referencyjnych nie budzi wątpliwości i wynika jasno i jednoznacznie z oferty przystępującego Comarch. Zarzut nie został udowodniony - i jako taki podlega oddaleniu (ciężar dowodowy spoczywa na odwołującym). Wywodzenie wniosków z wiedzy czy orientacji rynkowej jaką dysponuje Hadatap nie dowodzi niewykonania określonej umowy, gdyż oznaczałoby to przyjęcie „wszechwiedzy” tego wykonawcy, czego przyjąć nie sposób, a tym bardziej nie dowodzi złożenia informacji nieprawdziwej. Błędne jest też założenie odwołującego HADATAP, iż doświadczenie referencyjne jest doświadczeniem własnym samego przystępującego - gdyż musi takie być z uwagi na brak podwykonawstwa w ofercie. Przystępujący korzysta z udostępnionych zasobów podmiotu trzeciego - w którym to przypadku - dla wiedzy i doświadczenia - udział tego podmiotu jako podwykonawcy w wykonaniu zamówienia nie jest obligatoryjny tak np. wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2014 r. (Sygn. akt KIO 564/14), wyrok KIO z dnia 11 września 2014 r. (Sygn. akt KIO 1792/14), wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r. (Sygn. akt KIO 1536/14), wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r. (Sygn. akt KIO 1502/14), wyrok KIO z dnia 29 lipca 2014 r. (Sygn. akt KIO 1451/14), wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r. (Sygn, akt KIO 1267/14), wyrok KIO z dnia 26 września 2013 r. (Sygn. akt KIO 2182/13), wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2013 r. (Sygn, akt KIO 2667/13), wyrok KIO z dnia 8 maja 2013 r. (Sygn. akt KIO 953/13), wyrok KIO z dnia 9 lutego 2012 r. (Sygn. akt KIO 162/12, wyrok KIO z dnia 20 maja 2011 r. (Sygn. akt KIO 945/11),

wyrok KIO z dnia 8 marca 2011 r. (Sygn. akt KIO 356/11), wyrok KIO z dnia 18 lutego 2011 r. (Sygn. akt KIO 250/11), wyrok KIO z dnia 16 lutego 2011 r. (Sygn. akt KIO 249/11), wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2010 r. (Sygn. akt KIO/UZP 1541/10), wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010 r. (Sygn. akt KIO/UZP 1333/10), wyrok KIO z dnia 13 lipca 2010 r. (Sygn. akt KIO/UZP 1288/10), wyrok KIO z dnia 18 maja 2010 r. (Sygn. akt KIO/UZP 786/10), wyrok KIO z dnia 17 maja 2010 r. (Sygn. akt KIO/UZP 790/10). Podobne stanowisko prezentuje doktryna. Nowicki Józef Edmund, Poleganie na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich (Opublikowano: M.Zam.Pub. 2015/2/33-37), Dzierżanowski Włodzimierz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI, Opublikowano: LEX 2014.

Wykładni tej nie sprzeciwia się stosunkowo nowa definicja umowy podwykonawczej oraz dodane do ustawy. Przepisy art. 36a i b, które, jako że dotyczą obowiązków informacyjnych na linii zamawiający - wykonawca, nie zmieniają regulacji art. 26 ust. 2b ustawy, regulującego relację pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim (innym przedsiębiorcą) i uznanego, nieobligatoryjnego charakteru udziału podmiotu trzeciego jako podwykonawcy w realizacji zamówienia. Podnosimy również, iż Hadatap nie wykazało żadnego obligatoryjnego - dla uznania założenia w ofercie informacji nieprawdziwej - aspektu, i to niezależnie od prezentowanych przez orzecznictwo poglądów. Co do wykładni treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, to przystępujący Comarch prezentuje stanowisko, że decydujące znaczenie ma jedynie fakt zaistnienia nieprawdziwych informacji złożone ze świadomością ich nieprawdziwości lub z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, co nawiązuje do art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (regulacje na poziomie dyrektyw nakazują rozpatrywać podanie nieprawdziwych informacji w aspekcie winy wykonawcy), choć przystępujący prezentuje także drugi z pojawiających się poglądów, w ramach którego świadomość czy zawinienie wykonawcy nie mają znaczenia dla oceny, czy doszło do złożenia nieprawdziwych informacji. Przystępujący Comarch podkreślił, że niezależnie jednak od w/w zapatrywań - Hadatap podnosząc omawiany zarzut nie udowodniło żadnego z istotnych aspektów umożliwiających uwzględnienie zarzutu: nie wykazało bowiem ani samego faktu złożenia nieprawdziwej informacji (w sensie jej obiektywnej niezgodności z rzeczywistością w sposób nie budzący wątpliwości), ani też nie wykazało zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd. Co do zarzutu zaniechania do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty obejmującej Wykaz usług i referencję przystępujący Comarch wskazał, iż jest on chybiony, bowiem zamawiający zwrócił się o stosowne wyjaśnienia i otrzymał je.

Przystępujący Comarch wniósł o nieudostępnianie załącznika nr 1 do przedmiotowego pisma, jak również dowodów załączonych do tego pisma, gdyż dotyczą one informacji

zastrzeżonych przez przystępującego Comarch w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa i do których musi on podjąć wszelkie czynności zmierzające do zachowania ich w poufności. Przystępujący jako podstawę wniosku podał § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. W załączniku wyjaśnił potrzebę zastrzeżenia próbek tj. czyjego wdrożenia dotyczą z czym udziałem i na czyje potrzeby, a także wskazał dlaczego twierdzi, że Ca Consulting jest producentem urządzeń, wbrew twierdzeniom odwołującego Hadatap i przedstawił dowody, które w jego ocenie dowodzą tego faktu, a także wskazał dlaczego uważa, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia i przedstawił na tę okoliczność dowody.

W dniu 9 listopada 2015r. przystępujący Asseco wniósł o oddalenie odwołania w zakresie dotyczącym zarzutów związanych z badaniem i oceną jego oferty. W zakresie zarzutu użycia do oceny oferty Asseco innych etykiet RFID niż dostarczone jako próbki z ofertą, to przystępujący Asseco podniósł, że dodatkowe etykiety (30szt.) dostarczone przez ASSECO do testów służy w ramach oceny oferty są dokładnie takie same, w szczególności w zakresie: rozmiaru i typu anteny, etykiety oraz układu scalonego, jak 20 szt. złożonych wraz z ofertą. Zostały one zakodowane rzeczywistymi danymi - faktycznymi numerami akt z miejsca przeprowadzenia testów (Sąd Rejonowy w Warszawie). Ze względu na olbrzymie zakresy numerów akt niemożliwe jest wygenerowanie takich danych bez faktycznego dostępu do akt. Etykiety, na których przeprowadzono testy, podlegały sprawdzeniu przez zamawiającego przed rozpoczęciem testów. W odniesieniu do oferty Asseco przedmiotowy zarzut jest całkowicie gołosłowny, nie został poparty żadnymi dowodami - w związku z czym powinien zostać oddalony. Przystępujący Asseco podniósł, że nie oponuje przeciwko przeprowadzeniu dowodu z zeznań świadków w zakresie wskazanym przez odwołującego. Odnośnie zarzutu dotyczącego czytnika mobilnego, to przystępujący Asseco podniósł, że nieprawdą jest jakoby wszyscy wykonawcy w postępowaniu zaoferowali taki sam model czytnika mobilnego -Convergence Systems Limitet o symbolu CS101, gdyż HADATAP model o symbolu – HD, COMARCH model o symbolu CS 101, a ASSECO zaoferowało model o symbolu - CS101-H-1. Zaoferowany przez Asseco czytnik o symbolu CS101-H-1 jest zgodnie z informacją producenta , wyposażony w antenę spolaryzowaną liniowo poziomo i pracuje w europejskim paśmie UHF. Czytnik o symbolu CS101 zaoferowany przez COMARCH może mieć antenę spolaryzowaną liniowo pionowo, liniowo poziomo lub kołowo i pracować w europejskim lub innych niż europejskich pasmach UHF.

Z kolei model czytnika zaoferowany przez HADATAP ma symbol HD-MR101 jest więc (wnioskując z całkowicie odmiennego symbolu) zupełnie innym urządzeniem. W świetle wykazanych różnic w modelach zaoferowanych czytników mobilnych bezzasadne jest

zdaniem przystępującego Asseco twierdzenie, że wyniki testów wszystkich 3 czytników powinny być zbliżone. Z ostrożności procesowej przystępujący Asseco wskazał argumentację w zakresie prawidłowości wyników testów czytnika przedstawionego przez Asseco do testów. Zaoferowany przez Asseco czytnik mobilny Convergence Systems Limited CS101-H-1 ma według danych producenta maksymalną moc 30 dBm (1W), co potwierdza wyciąg z instrukcji czytnika. Taka moc czytnika jest w pełni zgodna zarówno z dopuszczoną w Polsce maksymalną mocą emitowaną przez urządzenia RFID pracująca w paśmie UHF (norma EN 302 208), jak i z wymaganiem siwz wskazywanym przez odwołującego Hadatap. Dostarczony do testów czytnik jest fabrycznie nowy i nie był przez ASSECO modyfikowany, w szczególności nie był modyfikowany w zakresie oprogramowania. Maksymalna moc czytnika, który jako próbka był dołączony do oferty, odpowiada danym producenta i wynosi 30 dBm, czyli 1W. Zaoferowany czytnik spełnia wymagania siwz, wynikające w tym zakresie ze standardów radiowych UHF ETSI 302-208 w zakresie dopuszczalnej mocy. Cały zarzut opiera się na zarzutach dotyczących mocy czytnika (w domyśle jego nadajnika) - i jest zupełnie absurdalny z punktu widzenia zasad techniki. Odwołujący próbuje udowodnić, że nie można z mocy emitowanej 2W (+33dBm) uzyskać odpowiedzi etykiety na poziomie nanowatów, całkiem dowolnie używając danych pomiędzy „plus40dBm” a „minus41dBm” jednocześnie starając się sprawić wrażenie, że obie te wartości (tj. „plus40dBm i „minus41dBm”) to prawie to samo, i wymiennie ich używając. Cały wywód odwołującego Hadatap opiera się na twierdzeniu, że aby uzyskać odpowiedź - 41dBm („minus41dBm”), tj. 79nW trzeba wyemitować „w świetle praw fizyki” co najmniej +40dBm („plus40dBm”), tj. 10 W. Przystępujący Asseco się z tym nie zgodził i przedstawił wyliczenia oraz argumentację wskazującą na to, że wartość – 41 dBm przy mocy 1 W jest prawidłowa. Podkreślił, że zamawiający układając tabelę punktowania spodziewał się więc odpowiedzi etykiety o wartości kilku-lub kilkudziesięciu nanowatów czyli miliardowych części Wata i wyniki pomiarów czytników przedstawionych do badań przez wszystkich oferentów są w tym zakresie. Podniósł, że Asseco nie podawało żadnych wyników odnośnie pomiarów w czasie testów. Asseco tylko dostarczyło sprzęt i etykiety, a testy przeprowadził zamawiający, a dokładnie - działający w imieniu zamawiającego niezależny instytut badawczy, specjalizujący się w technologii RFID. Testowany parametr RSSI (skrót od angielskiego ReceivedSignal Strength indication) to wskaźnik mocy odbieranego sygnału radiowego. Na jego wartość największy wpływ ma czułość odbiornika i moc sygnału wysyłanego przez znacznik (etykietę) RFID. Test przeprowadzany w komorze bezodbiowej miał na celu sprawdzenie parametrów czytnika mobilnego oraz jakości zaoferowanej etykiety . To dlatego zamawiający wymagał przeprowadzenia testów na zaoferowanej etykiecie, a nie na etykiecie wzorcowej identycznej dla wszystkich oferentów. Testy wykazały, że zaoferowana przez ASSECO etykieta wraz z czytnikiem mobilnym gwarantuje uzyskanie najlepszego parametru

RSSI z wszystkich zaoferowanych zestawów. ASSECO podkreśliło, że jako jedyne zaoferowało etykiety powszechnie znanego - wyspecjalizowanego w produkcji etykiet producenta Junmp Technology INC. LTD . <http://www.iunmptec.com/about-us/production-equipment/>, <http://www.iunmptec.com/about-us/quality-controlA>, <http://www.junmptec.com/about-us/awards/> Producent ten wytwarza setki milionów etykiet i posiada profesjonalne linie produkcyjne oraz własne laboratorium kontroli jakości etykiet, gwarantujące najlepsze możliwe parametry etykiety -co również potwierdziły testy w komorze bezodbiowej. Z kolei odwołujący Hadatap zaoferował etykiety własnej produkcji. Według wiedzy przystępującego odwołujący nie posiada profesjonalnej linii do produkcji etykiet, więc albo zaoferował produkt nieznanego producenta (tańszy, ale gorszy jakościowo), albo etykiety zostały wykonane metodą nieprzemysłową, nie gwarantującą odpowiednich parametrów. Comarch Polska podał jako producenta etykiet firmę CA Consulting. Przystępujący w swoim odwołaniu wskazywał, że CA Consulting nie jest producentem, nie posiada odpowiednich linii produkcyjnych, stąd też należy założyć, że etykiety pochodzą z niejasnego źródła. Brak bowiem na rynku etykiet o podanym w ofercie Comarch Polska symbolu. Jeśli jednak faktycznie etykiety zostały wyprodukowane przez CA Consulting (czemu Przystępujący przeczy), to testy dowiodły, że są one zdecydowanie gorszej jakości (nie gwarantującej uzyskania oczekiwanego RSSI) niż etykiety renomowanego producenta zaoferowane przez ASSECO. Różnice w uzyskanej wartości RSSI mogą również wynikać z innych ustawień konfiguracyjnych przedstawionych do testów czytników. W szczególności wybór jednego z czterech dostępnych kanałów częstotliwości pasma radiowego ma kluczowe znaczenie dla optymalnego dopasowania zestawu etykieta - czytnik a w konsekwencji wartość uzyskanego RSSI. Stąd też różnice w punktach uzyskane w przedmiotowym kryterium oceny ofer, w ocenie przystępującego Asseco, wynikały zarówno z odmienności zaoferowanego modelu czytnika, jak i -innych ustawieniach konfiguracyjnych oraz jakości oferowanych etykiet. Gdyż wszystkie te czynniki w istotny sposób wpływają na moc odbieranego sygnału, a to z kolei przekłada się na maksymalną odległość skutecznego i bezbłędnego czytania zawartości etykiety.

Sygn. akt KIO 2261/15

W dniu 16 października 2015r. wykonawca Asseco Poland SA wniósł odwołanie na zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Comarch Polska SA jako tajemnica przedsiębiorstwa, zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy i błędną jej ocenę w kryterium Technologia, zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia złożonych dokumentów i oświadczeń oraz wyjaśnienia złożonych dokumentów lub oświadczeń. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 lipca 2015r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS który załączono do zgłoszenia. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 22 października 2015r.

Odwołujący Asseco zarzucił zamawiającemu:

1. niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego polegającej na wyborze oferty Comarch jako oferty najkorzystniejszej,
2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu Asseco w/w zastrzeżonych przez Comarch części oferty oraz elementów dokumentacji postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Comarch, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
4. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Comarch, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
5. naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy, przez zaniechanie wezwania Comarch do złożenia wyjaśnień w zakresie „Wykazu wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie”,
6. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
7. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, tj. czynu określonego w art. 3 ust. 2, art. 10 ust. 1 i art. 14 ust. 1 UoZNK,

8. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 i art. 96 ust. 2 ustawy, przez ocenę oferty Comarch w kryterium „Technologia” z naruszeniem zasad oceny ofert określonych w siwz dla tego kryterium, tj. przyznanie 10 punktów w podkryterium „przedstawienie do testu wdrożonych przez Wykonawcę inteligentnych półek”,

9. z ostrożności procesowej naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie wezwania Comarch do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący Asseco wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
4. Dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z siwz,
5. Wykluczenia z postępowania Comarch,
6. Odrzucenia oferty Comarch,
7. Z ostrożności procesowej - wezwania Comarch do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
8. Dokonanie wyboru oferty odwołującego Asseco jako oferty najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy) odwołujący żąda od zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący Asseco wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności zamawiającego wskazanych powyżej odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Ponadto - w wyniku w/w naruszeń przepisów ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków w osobach członków zarządu spółki CA Consulting: Pana T. M., Panią J. M., Pana K. W. (na adres CA Consulting SA, Al. Jerozolimskie 81, 02 - 001 Warszawa) na okoliczność:

- a. zrealizowania przez CA Consulting SA wdrożenia i dostawy systemu wskazanego w referencji wystawionej przez CA Consulting SA, a dołączonej do oferty Comarch

b. posiadania przez CA Consulting SA linii produkcyjnej umożliwiającej produkcję komponentów sprzętowych wskazanych w punkcie 4 oferty Comarch oraz wyprodukowanie na potrzeby próbki odpowiednich elementów dostarczonych wraz z ofertą.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia części oferty Comarch oraz części dokumentacji postępowania odwołujący Asseco wskazał, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oдноśnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Oдноśnie warunku drugiego (tj. .nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Oдноśnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie odwołującego Asseco dokonane przez Comarch zastrzeżenie jawności części oferty oraz następnie części dokumentacji postępowania było i jest bezpodstawne. Zawarte w tych dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie w/w przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego Asseco w dokumencie „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wykazaniem, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” Comarch w ogóle nie odniósł się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych informacji, pomijając w ogóle ten niezbędny element albo też nie wykazując tej gospodarczej wartości. Konieczność takiego wykazania wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 roku, KIO 2784/14. Za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz - a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro Comarch nie wykazał tej niezbędnej przesłanki, już samo to jest podstawą bezzasadności uznania przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia części oferty, a następnie - także korespondencji dotyczącej tej części oferty oraz dokumentów z oceny próbki.

Część oferty „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wykazaniem, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” Comarch, tajemnicą przedsiębiorstwa, objął także samo „zastrzeżenie tajemnicy” jak i uzasadnienie, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z całą pewnością takie informacje nie mają żadnej wartości gospodarczej, ani też nie są informacją handlową, technologiczną czy też organizacyjną. Stąd też nie powinny w ogóle zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie objęcia tajemnicą danej części oferty może zawierać tylko wykazanie ziszczenia się poszczególnych przesłanek ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zapewne poparte orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej czy sądów powszechnych.

Część oferty „Wykaz elementów służących do przeprowadzenia próbki, dostarczonych wraz z ofertą” - Comarch zastrzegł jawność przedmiotowego wykazu elementów, podczas gdy wykaz ten jest jawny - gdyż sam Comarch wskazał w formularzu ofertowym (strona 7 i 8 oferty), jakie komponenty sprzętowe dostarczy, podając zarówno producenta: Dell, Convergence Systems Limited, CA Consulting (spółkę z Grupy Kapitałowej Comarch), jak i model. Są to informacje, które wystarczają do identyfikacji danego elementu sprzętu.

I tak przykładowo dla serwera bazodanowego produkcji Dell, model PowerEdge R630 informacje o sprzęcie są dostępne:

<https://premiumserwer.pl/kll4-Serwer-Dell-PowerEdae-R630>

<http://www.dell.com/pl/firmiinstytucji/p/poweredae-r630/pd>

A dla czytnika mobilnego Convergence Systems Limited, model CS101:

<http://www.convergence.com.hk/products/rfid/handheld-reader/csl01/>

<http://www.rfidconnect.com/ProductDetails.aspx?id=9dac0c80-3b23-4245-8c75-29c87afc3e86>

Dla pozostałych elementów wykazu nie można znaleźć żadnych informacji, gdyż takie urządzenia po prostu nie istnieją, nie są produkowane przez CA Consulting - o czym w dalszej części odwołania.

Zgodnie z siwz (strona 13, pkt 2) ofertę stanowią między innymi:

„2.5. Wykonawca wraz z ofertą musi złożyć:

- a) 20 etykiet RFID;
- b) 1 urządzenie SKD;
- c) 1 urządzenie SWPD;
- d) 1 czytnik mobilny;

2.6. Dodatkowo Wykonawca może zgłosić do oceny:

- a) wykonane przez siebie inteligentne półki;
- b) wykonaną przez siebie „służbę” RFID.”

Podsumowując - Comarch objął tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz elementów, na które częściowo składają się urządzenia powszechnie dostępne, znane na rynku, których dokumentacja i dane techniczne są dostępne (tj. czytnik mobilny), zaś częściowo - urządzenia nie istniejące (wskazane jako produkcji CA Consulting). Z całą pewnością zestaw informacji dotyczących takich urządzeń nie spełnia przesłanek ustawowych tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zatem w odniesieniu do informacji zawartych w przedmiotowym wykazie nie są spełnione przesłanki definicji ustawowej w zakresie braku ujawnienia do wiadomości publicznej oraz podjęcia w stosunku do takiej informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności - gdyż informacje podano w części jawnej oferty.

Dokumenty w zakresie oceny oferty w Kryterium „Technologia, to co do nich po pierwsze odwołujący Asseco wskazał, że w dokumentacji postępowania nie znajduje się żaden dokument, w którym Comarch zastrzegłby jawność dokumentów związanych z testem próbki oraz jej oceną. Comarch zastrzegł jedynie „Wykaz elementów służących do przeprowadzenia próbki” - jak wykazano powyżej, w ocenie Asseco, w sposób bezprawny. Tym samym także dokumenty z testów próbki powinny być jawne - a to zarówno wobec braku zastrzeżenia jawności testów, jak i oceny testu. Jak i wobec okoliczności wskazanych powyżej. Tymczasem zamawiający nie udostępnił odwołującemu Asseco następujących dokumentów z badania próbki Comarch:

- Raport z testów próbek realizowanych w komorze bezodbiłkowej - 1 str, utajniono 1,
- Raport z próbek realizowanych w archiwum sądowym - 3 str. utajniono 3, przy czym odwołujący wskazał, że analogiczne dokumenty odnośnie badania próbek odwołującego oraz trzeciego wykonawcy: Konsorcjum Hadatap Sp. z o.o., Praetor Sp. z o.o. i EBS Sp. z o.o. znajdują się w jawnej części dokumentacji i zamawiający te dokumenty udostępnił odwołującemu. Zdaniem odwołującego Asseco żadne informacje zawarte w w/w Raportach

nie są informacjami, które mogłyby zostać uznane przez zamawiającego za spełniające przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że w ramach testów próbki nie było miejsca na stosowanie unikalnych technologii, komponentów, specyficznych konfiguracji - gdyż po prostu należało wykazać zamawiającemu, że komponenty sprzętowe wskazane przez wykonawców w ofercie (pkt 4 Formularza ofertowego) działają prawidłowo. Co więcej - są to komponenty sprzętowe produkowane seryjnie, co do których należało tylko zaprezentować, że działają zgodnie z siwz. Zamawiający nie oczekiwał wykonania żadnego unikalnego, autorskiego systemu w tym zakresie i zaprezentowania go w ramach testu próbki.

Zdaniem odwołującego Asseco - Comarch nie przedstawił należytego uzasadnienia objęcia tajemnicą próbki, a następnie dokumentów z testów próbki - gdyż było to niemożliwe wobec cech tej części oferty. W szczególności Comarch nie spełnił wymagań art. 8 ust. 3 ustawy i nie wykazał, że informacje zawarte w próbce mają charakter technologiczny i techniczny, a jednocześnie mają wartość gospodarczą dla Comarch i nie zostały wcześniej nigdzie upublicznione. Comarch wykorzystał jedynie pewne urządzenia. Odwołujący Asseco podkreślił, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą podlegać informacje spełniające przesłanki definicji legalnej, a nie - całe dokumenty. Stąd też zamawiający powinien przeanalizować jeszcze raz przedmiotowy dokument i ujawnić go. W związku z powyższym zastrzeżenie jawności tej części oferty Comarch jest nieskuteczne.

Odwołujący wskazał także, że nie udostępniono mu następujących dokumentów:

1. Raporty z testu znaczników,
2. Raporty z testów półek inteligentnych i śluzy RFID,

dla żadnego wykonawcy. Tych dokumentów po prostu brak w dokumentacji postępowania.

Odnosnie zarzutów związanych z częścią oferty Comarch „Wykaz wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie”, to odwołujący Asseco wskazał, że informacje zawarte w wykazie nie mają wartości uzasadniającej utajnienie - nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, czy też inne, które posiadałyby jednocześnie wartość gospodarczą. Treść wykazu narzucił zamawiający w Załączniku nr 5 do siwz - zawiera on jedynie dane o dacie wykonania (rozpoczęcia i zakończenia), nazwie podmiotu zamawiającego, wartości usługi dla jednej z 3 usług. W pozostałym zakresie to przedmiotowy wykaz zawiera de facto powtórzenie treści siwz. Daty wykonania danej usługi trudno uznać za informację, która ma wartość techniczną czy organizacyjną. Odnosnie wartości - odwołujący jest pewien, że Comarch nie podał wartości dokładnej, ale wartość, która jest powtórzeniem siwz - tj. większa niż 1 000 000 zł netto lub podobna. Pozostaje kwestia nazwy odbiorcy/zamawiającego. Według najlepszej wiedzy odwołującego usługa wskazana w ofercie Comarch to usługa wykonana (rzekomo - o czym dalej) w ramach Grupy Kapitałowej Comarch, przez jedną ze spółek Grupy Kapitałowej na rzecz innej spółki Grupy

Kapitałowej. A zatem nie jest to żadna informacja, której ujawnienie mogłoby pogorszyć sytuację konkurencyjną Comarch czy też innej spółki z Grupy Kapitałowej.

Odwołujący Asseco wskazał też - że wobec faktu, iż dokumenty te potwierdzają nieprawdę, gdyż dotyczą usługi, która nie została w rzeczywistości wykonana (o czym w dalszej części odwołania) - nie zasługują na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż po prostu nie zawierają żadnych informacji technicznych, technologicznych czy organizacyjnych, gdyż zawierają jedynie informacje nieprawdziwe. Nawet jeśli upublicznienie nieprawdziwych informacji podawanych przez Comarch w ofercie wpływałoby negatywnie na konkurencyjność Comarch, to jednak taka sytuacja nie zasługuje na ochronę, gdyż żaden czyn zabroniony nie zasługuje na ochronę.

Nawet gdyby przyjąć, że informacje zawarte w Wykazie usług są prawdziwe - także w takiej sytuacji nie można przyjmować bezkrytycznie skuteczności objęcia całości wykazu tajemnicą przedsiębiorstwa. W tym miejscu odwołujący Asseco wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone w wyroku z dnia 4 marca 2011 roku o sygnaturze akt: KIO 322/11. W ocenie odwołującego Asseco charakter wymaganych w siwz danych, jakie należy podać w wykazie i dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie, ma walor na tyle ogólny, iż nie sposób przyjąć, by ich udostępnienie mogło naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa Comarch w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oczywistym jest według odwołującego, iż właśnie charakter informacji zawartych w Wykazie usług uniemożliwia objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa - nie posiadają bowiem charakteru handlowego czy organizacyjnego takie dane, jak data realizacji zamówienia. Pogląd taki zaprezentował także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 3 listopada 2008 r., sygn. akt: V Ca 2037/08. Stanowisko zgodne z powyższym wyrokiem Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza wyrażała już wielokrotnie np. wyrok o sygn. akt KIO/UZP 371/10, wyrok o sygn. akt KIO 1730/11, wyrok o sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11, wyrok o sygn. akt KIO 331/12 i KIO 333/12,

Co do zarzutów związanych częścią oferty Comarch „Zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów wraz z KRS”, to zdaniem odwołującego Asseco w stosunku do w/w zastrzeżonych informacji nie zostały spełnione przesłanki legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz art. 8 ust. 3 ustawy. Na wadliwość takiego zastrzeżenia, bez wykazania spełnienia przesłanek definicji legalnej, wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2036/12. Odwołujący uważa, że faktycznym powodem zastrzeżenia przedmiotowych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie była konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę - gdyż jest to zobowiązanie spółki z Grupy Kapitałowej Comarch, najprawdopodobniej spółki CA Consulting. Comarch nie ma powodu, aby ukrywać, że w celu pozyskania zamówienia korzysta z zasobów innego podmiotu z tej samej Grupy Kapitałowej. Fakt, że Comarch

samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wynika z jawnej treści oferty (umieszczenie w spisie treści punktu „Zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów” - a zatem ta informacja nie jest już tajemnicą przedsiębiorstwa. Z kolei nie ma znaczenia dla pozycji konkurencyjnej Comarch, z zasobów której innej spółki z Grupy Kapitałowej Comarch korzysta. O ile bowiem można teoretycznie przyjąć, że niektóre podmioty nie chcą upubliczniać faktu z kim współpracują, to z całą pewnością fakt współpracy ze spółką z tej samej Grupy Kapitałowej jest okolicznością, która nie spełnia przesłanek definicji ustawowej, gdyż dla każdego podmiotu gospodarczego oczywistym jest, że podmioty z tej samej grupy kapitałowej współpracują ze sobą.

Tym samym powodem objęcia tajemnicą przedmiotowego zobowiązania jest wyłącznie chęć utrudnienia konkurencji, przez uniemożliwienie konkurentom (w tym odwołującemu Asseco) weryfikacji oferty pod kątem zgodności z siwz i ustawą. Odwołujący zacytował fragment uzasadnienia orzeczenia o sygn. akt: KIO 2040/10: „Izba stoi na stanowisku, iż działanie przystępującego polegające na utajnieniu wykazu usług jak też referencji wskazanych usług zmierzało nie do ochrony faktycznie tajemnicy przedsiębiorstwa a do uniemożliwienia innym wykonawcom ewentualnej weryfikacji oświadczeń przystępującego.”

Co do korespondencji pomiędzy Comarch a Zamawiającym, odwołujący Asseco wskazał, że nie udostępniono mu następujących pism:

1. Pismo zamawiającego z dnia 10.09.2015r. - pismo utajnione w zakresie wezwania do wyjaśnień i uzupełnień.
2. Pismo Comarch z 14.09.2015r. - pismo utajnione w zakresie wyjaśnień i uzupełnień, do pisma dołączono 2 załączniki (także utajnione),
3. Pismo zamawiającego z 29.09.2015r. „Wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty” - utajniona treść wezwania,
4. Pismo Comarch 01.10.2015 r. „Wyjaśnienia treści oferty” - utajniono treść pisma oraz załącznik.

Pisma zamawiającego do Comarch zostały udostępnione odwołującemu w tak okrojonej wersji, iż Odwołujący nie może wywnioskować przykładowo, czego dotyczyło wezwanie do uzupełnienia oferty czy też wyjaśnienia treści. Zdaniem odwołującego Asseco takie zachowanie zamawiającego jest nieuprawnione. Podkreślił, że objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa podlegają poszczególne informacje, a nie całe pisma. Stąd też nie jest możliwe, aby tajemnicą przedsiębiorstwa mogła być informacja, której części oferty dotyczy wezwanie o uzupełnienia czy też wyjaśnienie. W tym momencie zamawiający bezpodstawnie i bezprawnie ukrył przez odwołującym Asseco informację, w jakim zakresie wzywał Comarch o uzupełnienie - czy w zakresie Wykazu osób, czy też Wykazu usług, czy też może jeszcze w innym. Takie bezprawne zachowanie zamawiającego ogranicza odwołującego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Co więcej - jest to, w ocenie odwołującego Asseco,

przejaw prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady jawności i równego traktowania wykonawców oraz narusza uczciwą konkurencję. Jeśli bowiem zamawiający uznał (czemu odwołujący przeczy), że przykładowo zastrzeżono skutecznie informacje w Wykazie usług, to uprawniony był co najwyżej do odmówienia odwołującemu dostępu do paru zwrotów z wezwania, zwrotów, które zawierają ewentualną informację chronioną.

Co więcej – odwołujący Asseco zwraca uwagę, że nie istnieje żaden przepis ustawy, czy też inny przepis prawa, który umożliwiłby zamawiającemu objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowych pism - a to ze względu na fakt, iż zamawiający, jako podmiot publiczny, nie wykonujący działalności gospodarczej i nie prowadzący przedsiębiorstwa - w ogóle nie spełnia przesłanek określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym zupełnie niezrozumiałe jest nieudostępnienie tych dokumentów odwołującemu Asseco. Zwłaszcza wobec nadrzędnej zasady jawności postępowania. Z kolei słuszny interes Comarch w zakresie ewentualnej tajemnicy przedsiębiorstwa może być chroniony tylko w minimalnym zakresie, z całą pewnością zamawiający nie może stosować tutaj wykładni rozszerzającej.

Odwołującemu Asseco nie udostępniono też w ogóle złożonych przez Comarch wyjaśnień i uzupełnień. Nie jest możliwe, aby całość, tj. 100% treści, każdego z tych pism zawierał wyłącznie tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien każdorazowo dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowych wyjaśnień. Z objętości pism wynika, że pisma te nie zawierają także uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zawartych w nich informacji. A skoro nie zawierają - nie można domniemywać, że obejmują one tajemnicę przedsiębiorstwa. Samo wskazanie „tajemnica przedsiębiorstwa” w treści pisma, bez jednoczesnego zawarcia w piśmie uzasadnienia – jest, w ocenie odwołującego Asseco, nieskuteczne wobec aktualnie obowiązującej treści przepisu art. 8 ust. 3 ustawy. A zatem zamawiający bezpodstawnie przyjął oświadczenie, że jest to tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż brak uzasadnienia jest brakiem uniemożliwiającym objęcie dokumentu statusem tajemnicy.

Z ostrożności procesowej odwołujący Asseco wskazał, iż nawet jeśli jakieś pojedyncze informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (czemu odwołujący przeczy), to co najwyżej te informacje powinny zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś treść samych wyjaśnień i uzupełnień powinna zostać udostępniona wszystkim uczestnikom postępowania

Odnosząc się do kwestii ciężaru dowodowego, to podkreślana powyżej kwestia precyzyjnego wykazania przez Comarch ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Otóż, zdaniem odwołującego Asseco, ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Pogląd ten odwołujący opiera zarówno na zasadzie

zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia - jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz brzmieniu przepisu art. 8 ust. 3 ustawy. W sytuacji takiej jak niniejsza odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakieś informacje zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż odwołujący Asseco - nie znając ich treści - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też uczynił w odwołaniu. Odnośnie ciężaru dowodu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się wielokrotnie, przykładowo w wyroku z dnia 21 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 457/12, w wyroku z dnia 5 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 331/12 i KIO 33/12, w wyroku z dnia 8 października 2012 roku, sygn. akt: KIO 2036/12, w wyroku z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11 oraz w wyroku z dnia 4 listopada 2011 roku, sygn. akt KIO 2294/11.

Na zakończenie odwołujący Asseco zwrócił uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie czego wskazał kilka przykładowych orzeczeń: wyrok KIO 1016/12, wyrok KIO 457/12, wyrok KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12. Skoro zatem objęcie części oferty oraz dokumentacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być, zdaniem odwołującego Asseco, traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia Comarch z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, pomimo iż Comarch nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odwołujący Asseco wskazał, że Comarch w tajnej części oferty zawarł zobowiązanie do udostępnienia zasobów - odwołujący wiedzę taką pozyskał ze spisu

treści oferty. Co więcej - Comarch nie zawarł na swojej stronie internetowej ani też w innych materiałach o firmie żadnych informacji, że kiedykolwiek wdrażał na rzecz jakiegokolwiek podmiotu system RFID. Z obu tych okoliczności wynika wprost, że Comarch w zakresie warunków udziału w postępowaniu opiera się nie tylko na własnej wiedzy i doświadczeniu, ale także na wiedzy i doświadczeniu osób trzecich.

O ile wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu osób trzecich, to w każdym takim przypadku musi udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował takimi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przez przedłożenie do oferty dokumentów, z których wynika zakres i udział innego podmiotu w realizacji zamówienia, sposób udostępnienia zasobów oraz charakter stosunku prawnego łączącego podmioty. Instytucja udostępniania zasobów wielokrotnie była przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej, która generalnie uznała, że w każdym przypadku udostępnienia zasobów musi mieć miejsce realne i rzeczywiste udostępnienie danego zasobu, przykładowo w wyroku z dnia 24 lutego 2015 roku, KIO 247/15, w wyroku z dnia 25 lipca 2015 roku, KIO 1434/15. Ocena realności udostępnienia zasobów powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem uwarunkowań danego zamówienia oraz rodzaju udostępnianego zasobu. Odwołujący Asseco założył (wobec bezprawnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oferty w tym zakresie), że w przedmiotowym przypadku udostępniono zasób w zakresie wiedzy i doświadczenia - co najmniej w zakresie doświadczenia w realizacji zamówień podobnych, być może także w zakresie personelu. Z punktu widzenia zasad doświadczenia życiowego oraz prowadzenia projektów informatycznych - nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowym przypadku zasoby takie mogą być realnie udostępniane tylko przez udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia, tj. przez realne podwykonawstwo (niezależnie od tego, jak umowa zostanie rzeczywiście nazwana). Nie jest bowiem możliwe realne udostępnienie wiedzy i doświadczenia dla projektu będącego przedmiotem zamówienia w zakresie doświadczenia przy realizacji projektów podobnych w drodze szkoleń czy też udostępniania know-how. Zamawiający wyraźnie wymagał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w realizacji 3 projektów, którym to projektom postawił konkretne i szczegółowe warunki, powiązane z przedmiotem zamówienia, który ma być realizowany. Dany podmiot, który nabył takie doświadczenie przez uprzednią realizację zamówienia podobnego, nie może udostępnić swojego doświadczenia i wiedzy w tym zakresie w sposób inny niż przez swój bezpośredni udział w realizacji zamówienia. W szczególności doświadczenie w ogóle nie może zostać przekazane w trybie szkoleń czy konsultacji lub doradztwa.

Jednocześnie odwołujący Asseco wskazał, że w ofercie Comarch nie jest w ogóle przewidziany udział podwykonawców (pkt 9, strona 8 oferty), zatem Comarch ma zamiar

wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie. Stoi to w sprzeczności z powyżej wskazanym koniecznym udziałem podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia.

Odwołujący Asseco uznaje, że oświadczenie z Formularza ofertowego, w którym Comarch wyraźnie wskazał zakres podwykonawstwa, jest nadrzędne nad innymi częściami oferty. Skoro zaś Comarch sam złożył oświadczenie co do zakresu podwykonawstwa, tym samym złożył też oświadczenie, że w innym zakresie z podwykonawców korzystał nie będzie. Jednakże bez udziału podwykonawców w innym zakresie niż wskazany w Formularzu ofertowym wykonawca Comarch nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zatem Comarch, w ocenie odwołującego Asseco, powinien zostać wykluczony z postępowania. Nie jest to bowiem brak oferty, który może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy czy też wyjaśniony w trybie art. 26 ust. 4 czy art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż treść Formularza ofertowego nie może być zmieniana przez wykonawcę po jego złożeniu. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 października 2014 roku, KIO 2012/14.

Niezależnie od powyższego odwołujący Asseco wskazał, że przedmiotowa referencja, na podstawie której zamawiający uznał, że Comarch wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, nie potwierdza stanu faktycznego, opisuje nie istniejące wdrożenie (co wskazano poniżej) - zatem nie może być podstawą stwierdzenia, że Comarch wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Także na tej podstawie Comarch powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący Asseco wskazał ponadto z ostrożności, że Zobowiązanie do udostępnienia zasobów przedłożone przez Comarch w ofercie nie wykazuje spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego są one na tyle ogólne, że nie wykazują rzeczywistego, realnego udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w sposób, który zapewniałby realne skorzystanie z użyczonego zasobu. Także ta okoliczność uzasadnia żądanie odwołania wykluczenia Comarch z postępowania.

Z ostrożności odwołujący Asseco wskazał, że jeśli Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że oferta Comarch nie podlega odrzuceniu, a Comarch nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy, to konieczne jest co najmniej wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zaniechanie wykluczenia Comarch na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy. Z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji w Wykazie wykonanych usług, to odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał, by wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia: "dostarczył i wdrożył:

a) co najmniej jeden system kodowania, identyfikacji, i kontroli ruchu (np. wydawanie, zwrot, przekraczanie stref) dla obiektów papierowych (np. dokumenty, książki) z wykorzystaniem technologii znakowania dokumentów etykietami, możliwymi do identyfikacji

przez czytnik, w tym system odczytu umożliwia identyfikację wielu etykiet znajdujących się jednocześnie w polu odczytu (np. RFID UHF), obejmujący co najmniej 100 000 obiektów papierowych;

b) co najmniej jeden system obejmujący zarządzanie dokumentami znakowanymi etykietami, możliwymi do identyfikacji wielu etykiet znajdujących się jednocześnie w polu odczytu (np RFID UHF), obejmujący co najmniej 100 000 obiektów papierowych;

c) co najmniej jeden system w oparciu o technologię znakowania dokumentów etykietami, możliwymi do identyfikacji na odległość przez czytnik, w tym system odczytu umożliwia identyfikację wielu etykiet znajdujących się jednocześnie w polu odczytu (np. RFID UHF), o wartości systemu większej niż 1 000 000 zł netto."

Tym samym Comarch musiał wykazać się wykonaniem systemu jak wskazano powyżej lub też powinien wykazać w ofercie, że wiedza i doświadczenie w tym zakresie zostanie mu udostępniona przez inny podmiot, który następnie będzie brał udział w realizacji zamówienia. Według najlepszej wiedzy odwołującego Asseco - Comarch posługuje się w tym zakresie wiedzą i doświadczeniem spółki z Grupy Kapitałowej, przypuszczalnie spółki CA Consulting.

Jednakże cała istota sprawy sprowadza się do tego, że żadna ze spółek Grupy Kapitałowej Comarch nigdy nie dostarczyła i nie wdrożyła systemu RFID, w tym systemu czy też systemów, który by spełniał powyższe wymogi.

Z zakresu wymagań dotyczących wiedzy i doświadczenia należy wywnioskować, że udział w realizacji zamówienia mogły zgłosić jedynie podmioty mające doświadczenie i pracujący z archiwami, bibliotekami, księgarniami czy innymi podmiotami zajmującymi się obrotem dokumentów papierowych czy książek, w tym chociażby sądami, które obsługują dokumenty papierowe (akta).

Odwołującemu znane jest prawie sto wdrożeń systemów RFID (zarówno w technologii UHF, jak i HF) na rynku, z których to 100 wdrożeń zaledwie kilka wdrożeń spełnia bardzo wygórowane warunki określone w siwz - pod względem ilości znaczników RFID, czy wymaganej minimalnej wartości wdrożenia minimum 1.000.000 zł netto. Dziesięcioletnia obserwacja tego rynku przez odwołującego Asseco, jak i aktywny udział w tym rynku podwykonawcy odwołującego, nie ujawnił jakiegokolwiek udziału we wdrożeniu RFID w tej branży wykonawcy Comarch, czy firmy CA Consulting, czy też innej spółki z Grupy Kapitałowej Comarch. Co więcej żaden z tych podmiotów na przestrzeni lat nie występował w jakimkolwiek postępowaniu przetargowym w tej branży - gdzie niemalże wszystkie większe instalacje (spełniające wymóg wartości systemu) były realizowane w trybie zamówień publicznych. Odwołujący wskazuje, że jego podwykonawca może wykazać realizację ok. 80 samodzielnych wdrożeń opartych na znakowaniu papierowych obiektów znacznikami RFID, co dowodzi bardzo dużego rozeznania rynku w tym zakresie. Zdaniem odwołującego Asseco warto też wskazać, że ani Comarch ani żadna ze spółek z Grupy Kapitałowej Comarch nigdy

nie informowała o zawarciu jakiegokolwiek umowy dotyczącej dostarczenia i wdrożenia systemu RFID.

Zatem odwołujący Asseco, opierając się na znajomości rynku systemów RFID, obserwujący go na bieżąco i mający rozeznanie w funkcjonujących na rynkach różnych systemach RFID - twierdzi, że żadna ze spółek z Grupy Kapitałowej Comarch nigdy nie dostarczyła i nie wdrożyła systemu RFID spełniającego wymagania siwz.

Co więcej - według najlepszej wiedzy odwołującego referencja, która ma rzekomo potwierdzać wykonanie systemu spełniającego wymogi siwz została podpisana przez osobę, która nie jest upoważniona do reprezentacji podmiotu wystawiającego referencję. Także to potwierdza powyższą okoliczność.

Referencja ta - według najlepszej wiedzy Odwołującego - obejmuje dostarczenie i wdrożenie systemu RFID przez CA Consulting na rzecz innej spółki z Grupy Kapitałowej Comarch. Odwołujący wskazuje, że wdrożenie systemu RFID o wartości co najmniej 1.000.000 złotych netto to wdrożenie bardzo dużego systemu RFID, które to wdrożenie nie ma też uzasadnienia dla jego wdrożenia w spółkach informatycznych. System RFID, jak wskazano powyżej, służy do obsługi dokumentów papierowych, akt, książek - czyli dokumentów, które nie funkcjonują w takich ilościach w spółkach informatycznych.

Odwołujący wniósł w tym miejscu o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków w osobach członków zarządu spółki CA Consulting: Pana T. M. . Panią J. M. . Pana K. W. na adres CA Consulting SA, Al. Jerozolimskie 81. 02 - 001 Warszawa na okoliczność zrealizowania przez CA Consulting SA wdrożenia i dostawy systemu wskazanego w referencji wystawionej przez CA Consulting SA, a dołączonej do oferty Comarch.

Odnosząc się do twierdzeń, że Comarch podał nieprawdziwe informacje w zakresie wskazania CA Consulting jako producenta sprzętu, to odwołujący Asseco wskazał, że zamawiający w punkcie 4 Formularza ofertowego wymagał, aby podać producenta i model oferowanych komponentów sprzętowych. Wykonawca Comarch wskazał, że poza serwerem i mobilnym czytnikiem ręcznym producentem całego oferowanego sprzętu jest firma CA Consulting S.A. (będąca w grupie kapitałowej Comarch). Niezrozumiałym jest jak firma consultingowa, nie zajmująca się produkcją urządzeń elektrycznych, a w szczególności produkcją sprzętu w technologii RFID, może wyprodukować i dostarczyć wielomilionowej wartości specjalizowane urządzenia. Co więcej elementem dostawy jest między innymi ponad 3.000.000 etykiet RFID UHF (Transpondery RFID - pozycja nr 8 w tabeli).

Odwołujący Asseco wskazał, że w Polsce w ogóle nie funkcjonuje ani jeden producent takich etykiet, zwłaszcza z układami scalonymi, które umożliwiają funkcję automatycznego dopasowania impedancji układu do warunków podłoża etykiety w celu optymalizacji odczytów - jak wskazuje kryterium technologiczne uzyskane przez Wykonawcę Comarch (przyznano Comarch w ramach oceny próbki 10 punktów za użycie takiego typu etykiety

RFID). Co więcej w Europie jest co najwyżej kilku na tyle dużych producentów, którzy dysponują technologią umożliwiającą produkcję takich etykiet w tak dużej ilości. Oznaczenie modelu oferowanych etykiet jako: "Comarch TR 784-01", należy uznać za oświadczenie nieprawdy, podobnie jak wskazanie firmy CA Consulting S.A. jako producenta tychże etykiet. Podwykonawca odwołującego Asseco dostarcza do wielu podmiotów Transpondery RFID do znakowania papierowych obiektów w ilościach powyżej miliona rocznie i nigdy nie znalazł wzmianki o jakimkolwiek polskim producencie takich etykiet, ani o istniejącej w Polsce czy też będącej własnością polskiej firmy linii technologicznej umożliwiającej taką produkcję.

Odwołujący wskazał też, że o ile w przeglądarkę internetową wpisze się producenta serwera i mobilnego czytnika ręcznego oraz model wskazany w ofercie Comarch - to wynik wyszukiwania pokazuje setki odpowiednich wyników (co wskazano już powyżej, przez podanie przykładowych adresów stron internetowych). Jednakże w przypadku wpisania producenta CA Consulting i modeli wskazanych w ofercie - wynik wyszukiwania jest zawsze zbiorem pustym, pojawiają się wyłącznie informacje o firmie CA Consulting, bez informacji o rzekomo produkowanym przez tę firmę sprzęcie czy innych elementach wskazanych w ofercie.

Odwołujący wniósł w tym miejscu o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków w osobach członków zarządu spółki CA Consulting: Pana T. M., Panią J. M. Pana K. W. (na adres CA Consulting SA. Al. Jerozolimskie 81, 02 - 001 Warszawa na okoliczność posiadania przez CA Consulting SA linii produkcyjnej umożliwiającej produkcję komponentów sprzętowych wskazanych w punkcie 4 oferty Comarch oraz wyprodukowanie na potrzeby próbek odpowiednich elementów dostarczonych wraz z ofertą.

Powyższe zdaniem odwołującego Asseco wskazuje, że Comarch złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wskazując na zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Comarch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy tj. oceny oferty Comarch w kryterium „Technologia” podkryterium „przedstawienie do testu wdrożonych przez Wykonawcę inteligentnych póltek” niezgodnie z określonymi w siwz i ustawie zasadami oceny ofert, odwołujący Asseco wskazał, że zamawiający w siwz w kryterium „Technologia” przewidział punkty za przeprowadzenie testu wdrożonych przez wykonawcę inteligentnych póltek. Testowi miały być poddane zestawy póltek a punktowany miał być: s

- test pozytywny w środowisku minimum 30 póltek - 5 pkt,
- test pozytywny w środowisku ponad 100 póltek - 10 pkt.

Celem testu miało być wykazanie przydatności proponowanego rozwiązania do wyszukiwania lokalizacji 5 losowo wybranych teczek (akt sądowych) z lokalizacją wskazywaną przez system. Oczywistym jest dla odwołującego Asseco, że testowane półki powinny być półkami na teczki z aktami sądowymi, gdyż taki system zamawia zamawiający.

Opis takich półek znajduje się w siwz (Opis przedmiotu zamówienia, Załącznik nr 1 do umowy, strona 39) w opisie wymogów czytnika ręcznego:

"Wyszukiwanie powinno być możliwe na wypełnionych półkach archiwalnych (tj. wśród otoczenia minimum 80 teczek ułożonych na metrowej metalowej półce, otoczonej z każdej strony również przez wypełnione półki, metalowe regały)."

Na stronie 4 Opisu przedmiotu zamówienia zamawiający następujący wymóg:

„System zarządzania aktami powinien realizować funkcjonalność archiwum zakładowego oraz składnicy akt zgodnie z aktualnymi przepisami."

Wykonawcy - poza Comarch przedstawili do testów inteligentne półki, które są zgodne z powyższymi wymogami siwz. Zainstalowane w archiwach, w otoczeniu tysięcy teczek akt oznakowanych tagami RFID UHF, a jednocześnie - spełniające wymagania dla archiwum zakładowego i składnicy akt.

Według najlepszej wiedzy odwołującego Asseco - Comarch do testów przedstawił ponad 100 półek, a raczej „półeczek” - gdyż były to pseudo-półki, o szerokości nie większej niż 5 centymetrów. A zatem do testów przedstawiono półki, które nie są zgodne z wymaganiami siwz, gdyż nie mogą na nich zostać umieszczone teczki z aktami sądowymi. Przedstawione zamawiającemu do przetestowania „inteligentne pseudo-półki” w znaczny sposób odbiegały zatem od standardów archiwalnych, był to bowiem jedynie model półki - a nie prawdziwa inteligentna półka. Przedstawione półki miały mniejszy rozmiar, niemetalowe wykonanie, brak oznakowanych tagami RFID teczek z aktami w ilości ok 80 akt na półce. Z kolei siwz (pkt 2.6., strona 13 siwz) wymagał dostarczenia „inteligentnych półek” a nie „modelu inteligentnych półek”.

Żaden zapis siwz nie dopuszczał, aby próbka była odmienna od dostarczanego rozwiązania. Gdyż taki jest właśnie cel próbki - aby zamawiający mógł zbadać zgodność ze swoimi wymaganiami nie jakichkolwiek półek, ale półek, które następnie zostaną mu dostarczone.

Zastosowana przez Comarch pseudo-półka umożliwiła mu przedstawienie do testów ponad 100 półek, gdzie całkiem inny jest koszt i czasochłonność przygotowania 100 półek, a inny 100 pseudo-półek. Tym samym Comarch „sprytnie” ułatwił sobie przygotowanie próbki. Naganna i bezprawna jest, zdaniem odwołującego Asseco, jednak ocena próbki dokonana przez zamawiającego, który uznał „pseudo-półki” za spełniające wymagania siwz i przyznał wykonawcy Comarch maksymalną ilość punktów, tym samym dopuszczając do naruszenia zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 7 ustawy. Zamawiający widział przecież pseudo-półki, widział, że nie jest to półka, na której można ustawić akta sądowe - ale jedynie model takiej półki. Zamawiający świadomie ocenił próbkę obejmującą model półki, a nie półkę, a tym samym dokonał oceny oferty Comarch z naruszeniem siwz i kryteriów oceny, które sam w siwz określił.

Odwołujący Asseco wniósł o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z nagrania video przebiegu testu próbki wykonawcy Comarch na okoliczność wyglądu, funkcjonalności „półki” wchodzącej w skład próbki wykonawcy Comarch.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Comarch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy, odwołujący Asseco podniósł, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi w przepisie art. 3 ust. 3, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zdaniem odwołującego Asseco działania Comarch wskazane w punkcie III i IV powyżej stanowią działania sprzeczne zarówno z prawem, jak i z dobrymi obyczajami - które to działania zagrażają interesowi przedsiębiorców posiadających rzeczywiste doświadczenie w zakresie systemów RFID, przez doprowadzenie do sytuacji, w której wykonawca nie posiadający żadnego doświadczenia ani podwykonawcy, który takie doświadczenie posiada, wykluczy z uzyskania zamówienia dwóch innych wykonawców posiadających odpowiednie doświadczenie i wiedzę.

Odwołujący Asseco wskazał, że nieprawdziwe podanie jako producenta elementów sprzętowych wykonawcy, który nie jest producentem, tj. firmy CA Consulting, realizuje znamiona czynu wskazanego w przepisie art. 3 ust. 2 UoZKN. tj. stanowi wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług oraz w art. 10 ust. 1 UoZKN. tj. stanowi oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia.

Co więcej - Comarch dopuścił się też czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 14 ust. 1 UoZKN - przez wskazanie w ofercie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Comarch podał w/w szereg informacji o przedsiębiorstwie CA Consulting, a wszystko to w celu przysporzenia sobie korzyści, tj. bezprawnego uzyskania zamówienia.

W dniu 19 października 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22 października 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Comarch Polska SA wskazując, że ma interes w oddaleniu odwołania, gdyż tylko takie rozstrzygnięcie pozwoli zgłaszającemu utrzymać dotychczasowy status wykonawcy wybranego. Uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do utraty przez zgłaszającego możliwości uzyskania zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4

sierpnia 2015r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu i prokurenta, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 22 października 2015r.

W dniu 22 października 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosiło swój udział Konsorcjum Hadatap wskazując, że ma interes w uwzględnieniu odwołania, gdyż zarzuty jego własnego odwołania są zbieżne z zarzutami podniesionymi przez odwołującego Asseco, a uwzględnienie odwołania zwiększy szanse zgłaszającego na uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu spółki Hadatap, upoważnionego do reprezentacji tej spółki samodzielnie, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Hadatap działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 sierpnia 2015r. udzielonego przez pozostałych członków konsorcjum, w tym za Preator przez wiceprezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS załączonym do zgłoszenia, za EBS przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 22 października 2015r.

W dniu 22 października 2015r. wykonawca Comarch złożył w obu sprawach pismo procesowe, w którym wniósł o:

1. odmowę przeprowadzenia wnioskowanego przez Asseco dowodu z przesłuchania świadków: Pana T. M., Pani J. M., Pana K. W.;
2. odmowę przeprowadzenia wnioskowanego przez Hadatap dowodu z przesłuchania świadków na okoliczności dotyczące zarzutów postawionych względem oferty przystępującego Comarch -wskazane w pkt II. 1. str 6 i 7 odwołania i pkt II.2. str. 18 odwołania (Pana P. D., Pana M. G., Pana T. M.)

W uzasadnieniu wskazał, że Asseco wnosi o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków w celu udowodnienia postawionego zarzutu podania nieprawdziwych informacji w Wykazie usług oraz w zakresie wskazania CA Consulting S.A. jako producenta sprzętu.

W ramach postawionego zarzutu Asseco wnosi o przesłuchanie świadków na następujące dwie okoliczności:

1. na okoliczność zrealizowania przez CA Consulting S.A. wdrożenia i dostawy systemu wskazanego w referencji wystawionej przez CA Consulting S.A. a dołączonej do oferty Comarch [Polska - przyp. autora]
2. na okoliczność posiadania przez CA Consulting linii produkcyjnej umożliwiającej produkcję komponentów sprzętowych wskazanych w pkt 4 oferty Comarch [Polska - przyp.

autora] oraz wyprodukowanie na potrzeby próbki odpowiednich elementów dostarczonych wraz z ofertą.

Osoby wskazane na świadków to członkowie zarządu CA Consulting S.A. - producenta sprzętu objętego ofertą (Pan T. M. jest Prezesem Zarządu, Pani J. M. pełni funkcję Wiceprezesa Zarządu, Pan K. W. pełni funkcję Wiceprezesa Zarządu).

Jako dowód Comarch powołał odpis z KRS CA Consulting S.A. (w załączeniu do pisma)

Przystępujący Comarch wskazał, iż wnioskowane dowody niczego nie wnoszą do sprawy, a ich powołanie jest przykładem miałości postawionych zarzutów oraz niezrozumienia celu postępowania dowodowego, polegającego na udowodnieniu po pierwsze faktów, a po drugie faktów mających znaczenie dla sprawy. Tymczasem w/w wnioski dowodowe są obliczone na wywołanie bliżej nieokreślonego wrażenia, które nie ma nic wspólnego z faktami w sprawie. Wynika to z postawionych przez odwołującego Asseco tez dowodowych - oderwanych do realiów i służących do udowodnienia tez bądź nie mających dla sprawy żadnego znaczenia, bądź też których „udowodnić” nie sposób, bowiem nie są one faktami, a jedynie wyobrażeniami bądź hipotetycznymi założeniami Asseco.

Przystępujący wskazał nadto, iż ocena „faktów” wskazanych w w/w tezach dowodowych bądź wynika z innych dowodów istniejących w sprawie, bądź są one bezprzedmiotowe dla sprawy, bądź jedynym ich skutkiem jest przewłoka postępowania.

Co do okoliczności (tezy dowodowej) dotyczącej „zrealizowania przez CA Consulting S.A. wdrożenia i dostawy systemu wskazanego w referencji wystawionej przez CA Consulting S.A. a dołączonej do oferty Comarch [Polska - przyp. autora]” Comarch podnosi, iż słuchanie świadków na tę okoliczność jest bezprzedmiotowe i zbędne, bowiem do oceny powołanego przez Asseco faktu (wskazanego w tej tezie) wystarczający jest inny dowód - w postaci dokumentów złożonych w ofercie przystępującego (str. 68 oferty przystępującego Comarch).

Z kolei co do okoliczności (tezy dowodowej) dotyczącej „posiadania przez CA Consulting linii produkcyjnej umożliwiającej produkcję komponentów sprzętowych wskazanych w pkt 4 oferty Comarch [Polska - przyp. autora] oraz wyprodukowanie na potrzeby próbki odpowiednich elementów dostarczonych wraz z ofertą” - wskazał, iż okoliczność ta nie ma dla sprawy żadnego znaczenia. Sposób produkcji sprzętu objętego ofertą przez producenta CA Consulting (wskazanego w pkt. 4 poz. 2-4 oraz 6-8 Formularza Ofertowego oferty Przystępującego), w tym konkretnie cechy czy właściwości „linii produkcyjnej” są bowiem bez znaczenia - a to wobec niewątpliwego i będącego poza sporem istnienia tego sprzętu. Sprzęt ten został zbadany wielokrotnie przez zamawiającego i przeszedł pozytywnie wszystkie testy dokonane przez zamawiającego oraz jego specjalistów - w konsekwencji czego sposób jego produkcji czy właściwości tej produkcji („linii produkcyjnej”) nie mają znaczenia dla sprawy. Przedmiotowa teza dowodowa postawiona przez Asseco wraz z doбором świadków (członków zarządu producenta CA Consulting S.A.) jest zupełnie niezrozumiała i sprzeczna z

logiką: jeżeli dany podmiot jest producentem danej rzeczy (co wynika z oferty przystępującego Comarch) i rzecz ta istnieje (co wynika z załączonego do oferty sprzętu, którego działanie zostało potwierdzone bardzo wymagającymi testami wykonanymi przez zamawiającego, a co więcej - sprzęt ten działa równie dobrze jak sprzęt konkurencji) - trudno oczekiwać od przedstawicieli producenta oświadczenia przeciwnego. Jednocześnie w załączeniu do pisma procesowego przystępujący Comarch przedłożył oświadczenie producenta CA Consulting S.A. potwierdzające fakt produkcji przez CA Consulting S.A. sprzętu objętego ofertą przystępującego Comarch (wskazanego w pkt. 4 poz. 2-4 oraz 6-8 Formularza Ofertowego oferty przystępującego). Tym bardziej zatem słuchanie przedstawicieli producenta na w/w tezę, będącą podstawą zarzutu „podania nieprawdziwych informacji w zakresie wskazania CA Consulting jako producenta sprzętu” - jest zbędne (dowód powołany jedynie dla zwłoki).

W zakresie wniosku dowodowego odwołującego Hadatap przystępujący Comarch wskazał, że

1. wnioskowany jako świadek Pan T. M. to pracownik ILIM, czyli Instytutu Logistyki i Magazynowania, będący Zastępcą Kierownika jednostki organizacyjnej tego Instytutu (Laboratorium Technologii Identyfikacyjnych), który z ramienia zamawiającego brał udział - jako członek komisji - w testach próbek wykonawców;
2. wnioskowany jako świadek Pan M. G. - to również pracownik ILIM, czyli Instytutu Logistyki i Magazynowania, będący Kierownikiem jednostki organizacyjnej tego Instytutu (Laboratorium Technologii Identyfikacyjnych), który z ramienia zamawiającego brał udział - jako członek komisji - w testach próbek wykonawców;
3. wnioskowany jako świadek Pan P. D. to Wiceprezes Zarządu PRAETOR -jednego z członków odwołującego konsorcjum Hadatap.

W konsekwencji powoływanie na świadków w/w osób nie jest dopuszczalne - są to bowiem przedstawiciele stron - bądź to zamawiającego, bądź odwołującego Hadatap. Dopuszczenie dowodu ze słuchania w/w osób jako świadków jest ponadto zbędne (a zatem wpływające na przewłokę postępowania) - bowiem ich oświadczenia miałyby jedynie walor oświadczeń bądź stanowisk danej strony, a nadto - Krajowa Izba Odwoławcza może podjąć wiedzę co do stanowiska tychże stron z ich pism procesowych, czy wypowiedzi składanych na rozprawie.

W dniu 9 listopada 2015r. odwołujący Assecco złożył pismo procesowe podtrzymując dotychczasowe stanowisko i uznając, że w piśmie z dnia 22 października przystępujący Comarch ujawnił, że

1. informację, że sporna usługa została wykonana przez Comarch Consulting SA,
2. informację, że na stronie 68 oferty znajduje się poświadczenie należytego wykonania usługi przez CA Consulting SA.

W konsekwencji informacje te nie stanowią już tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący Asseco wskazał, że po otrzymaniu w/w pisma Comarch wystąpił w dniu 22 października 2015 roku do zamawiającego o udostępnienie informacji jak powyżej. Jednakże zamawiający w dniu 26 października 2015 roku odpisał jedynie, że „brak jest podstaw do odtajnienia dokumentów dołączonych do oferty wykonawcy Comarch Polska SA”, w minimalnym nawet stopniu nie odnosząc się do argumentów podnoszonych przez odwołującego. Potwierdza to, zdaniem odwołującego Asseco, zarzuty odwołania, że zamawiający na żadnym etapie postępowania w ogóle nie dokonał rzeczywistego i realnego badania zasadności objęcia oferty Comarch tajemnicą przedsiębiorstwa, a jedynie bezrefleksyjnie przyjął za obowiązujące go zastrzeżenie dokonane przez Comarch.

Zarzut podania nieprawdziwych informacji przez Comarch Polska.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego Comarch pomimo złożenia przez niego nieprawdziwych informacji, to odwołujący Asseco wskazał, że powołał wnioski dowodowe na udowodnienie tej tezy i są one dopuszczalne przykładowo w sprawie KIO 2080/12 i KIO 2085/12, w której Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła dowód z zeznań świadków na okoliczność rzeczywistego zakresu projektu referencyjnego. Stąd też odwołujący Asseco, działając na mocy art. 190 ust. 3 ustawy, podtrzymał wnioski dowodowe złożone w odwołaniu. Wskazał, że to Comarch przez składane wnioski stara się uniemożliwić weryfikację oferty w spornym zakresie. Złożone wnioski nie są też wnioskami złożonymi dla zwłoki, gdyż odwołujący Asseco wnioski złożył w pierwszym możliwym terminie, tj. wraz z wniesieniem odwołania. Tezy dowodowe w odwołaniu Asseco odnoszą się do faktów, na których opiera się oferta Comarch (a którym to faktem Asseco przeczy) - a mianowicie zrealizowania systemu wskazanego w referencji dołączonej do oferty Comarch oraz posiadania linii produkcyjnej. Każda z tych okoliczności - o ile byłaby prawdziwa, czemu odwołujący przeczy - z całą pewnością byłaby faktem. Niezrozumiałe jest, dlaczego Comarch kwestionuje istotność tezy dotyczącej braku posiadania przez CA Consulting linii produkcyjnej umożliwiającej produkcję zaoferowanego sprzętu RFID. Zamawiający, zdaniem odwołującego Asseco, nie bez przyczyny wymagał podania producenta zaoferowanego sprzętu, w tym transponderów w formie etykiet RFID. O ile można sobie wyobrazić produkcję - montaż stanowisk kodowania dokumentów czy stanowisk wydawania i przyjmowania dokumentów w warunkach nieprzemysłowych, o tyle wyprodukowanie w krótkim czasie ponad 3 150 953 etykiet o powtarzalnych parametrach wymaga, według odwołującego posiadania niezbędnych linii produkcyjnych. Jako dowód powołał opis linii technologicznej firmy COMEX. Ponadto ze sprawozdań finansowych Ca Consulting w ocenie odwołującego Asseco wynika, że nie poniósł on wydatku związanego z zakupem linii produkcyjnej, zwłaszcza, że w ramach przedmiotu działalności tej firmy nie ma wymienionych kodów odnoszących się do działalności produkcyjnej, na dowód czego przedstawił odpis z KRS CA Consulting.

Odwołujący Asseco wskazał też, że w ogólnie dostępnych informacjach nie ma żadnych informacji o tym, żeby CA Consulting czy też inna spółka z Grupy Kapitałowej Comarch wdrożyły kiedykolwiek system RFID czy też posiadały kosztowne linie produkcyjne i produkowały wskazane w ofercie komponenty. W szczególności:

1. Żadne sprawozdania finansowe CA Consulting czy też skonsolidowane sprawozdanie finansowe Comarch SA nie zawiera informacji o dokonaniu wdrożenia systemu RFID. Przy czym wskazać należy, że każdy przedsiębiorca pochwaliłby się chociażby okolicznością, iż do jego pakietu produktów dostępnych dla klientów wszedł nowy produkt - tj. system RFID. Nawet gdyby nie mógł podać szczegółów wdrożenia ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, to z pewnością poinformowałby rynek, że posiada nowy produkt, jakim jest system RFID. Inną sprawą jest, że przedmiotowe wdrożenie miało zostać wykonane na rzecz spółki z Grupy Kapitałowej Comarch, zatem nie mamy w tym przypadku do czynienia z rzeczywistą tajemnicą przedsiębiorstwa.

2. Także Internet milczy w zakresie wdrożenia systemu RFID przez CA Consulting. Ani sama spółka nie wskazała, że miało to miejsce - po wpisaniu w wyszukiwarkę na stronie www.caconsulting.pl zwrotu „RFID” wynikiem wyszukiwania jest zbiór pusty <http://www.caconsulting.pl/pl/szukaj/wyszukiwarka?search=true&searchCategory=&searchWord=Tfid>

Również wyszukanie zwrotu „CA Consulting RFID” na wszystkich dostępnych stronach internetowych, za pomocą dwóch różnych, renomowanych wyszukiwarek, nie pokazało żadnych informacji:

<https://www.google.pl/#q=%22CA+Consulting+RFID%22>

<http://www.bing.com/search?q=%22CA+Consulting+RFID%22&qsn&form=QBLH&pq=%22ca+consulting+rfid%22&sc=0-15&sp=-l&sk=&cvid=5973d77bf03d4db5b06c93ac9fed8539>

Żaden wynik wyszukiwania nie dotyczy systemu RFID wdrożonego czy też oferowanego przez CA Consulting.

W swojej ofercie Comarch wymienił firmę CA Consulting jako producenta między innymi takich urządzeń jak:

- a. Stacja robocza „Comarch RFID Workstation”
- b. Transpondery RFID „Comarch TR 784-01”

Podjęta próba wyszukania informacji o wymienionych o powyższych urządzeniach na oficjalnej stronie firmy CA Consulting nie przyniosła rezultatu:

<https://www.caconsulting.pl/pl/szukaj/wyszukiwarka?search=true&searchCategory=&searchWord=Comarch RFID Workstation>

<http://www.caconsulting.pl/pl/szukaj/wyszukiwarka?search=true&searchCategory=&searchWord=Comarch TR 784-01>

W celu dochowania rzetelności podjęto próbę wyszukania informacji o oferowanych urządzeniach na wszystkich dostępnych stronach internetowych za pomocą dwóch różnych, renomowanych wyszukiwarek, również nie znaleziono żadnych informacji:

<https://www.google.pl/7gws rd=ssl#q=%22Comarch+RFID+Workstation%22>

<https://www.google.pl/7gws rd=ss1#q=%22Comarch+TR+784-01%22>

<http://www.bing.com/search?q=%22Comarch+RFID+Workstation%22&qsn&form=OBLH&pq=%22comarch+rfid+workstation%22&sc=0-12&sp=-l&sk=&cvid=lf87c3487a814fb5810691f8dl9fc627>

[http://www.bing.com/search?q=%22Comarch+TR+784-](http://www.bing.com/search?q=%22Comarch+TR+784-01%22&qsn&form=QBRE&pq=%22comarch+tr+784-01%22&sc=0-13&sp=-l&sk=&cvid=cl729c361a06423693c0b54ae5a70774)

[01%22&qsn&form=QBRE&pq=%22comarch+tr+784-01%22&sc=0-13&sp=-l&sk=&cvid=cl729c361a06423693c0b54ae5a70774](http://www.bing.com/search?q=%22Comarch+TR+784-01%22&qsn&form=QBRE&pq=%22comarch+tr+784-01%22&sc=0-13&sp=-l&sk=&cvid=cl729c361a06423693c0b54ae5a70774)

W ofercie Comarch wskazano, że CA Consulting jest producentem szeregu komponentów sprzętowych. Według najlepszej wiedzy odwołującego Asseco CA Consulting nie posiada odpowiedniego zaplecza, aby produkować komponenty wskazane w ofercie. Odwołujący Asseco podkreślił, że przykładowo do produkcji transponderów RFID w ilościach przemysłowych (a takie ilości są niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia) niezbędne są specjalizowane linie produkcyjne oraz laboratorium testowe. Wydajność takiej specjalizowanej linii produkcyjnej wynosi po prostu 50-100 milionów transponderów RFID rocznie. Jednocześnie koszt zakupu, montażu i uruchomienia takiej linii to około 10 000 000 zł złotych. Odpowiednie linie posiadają tylko przedsiębiorcy prowadzący bardzo wyspecjalizowaną działalność produkcyjną. Nawet odwołujący ani wykonawca Konsorcjum Hadatap, którzy już uprzednio dostarczali i wdrażali systemy RFID o dużej wartości, nie posiadają własnej linii produkcyjnej i zaoferowali transpondery RFID produkcji obcej. Z kolei - jak już wskazywano powyżej ani Comarch, ani CA Consulting ani też żadna inna spółka z Grupy Kapitałowej Comarch nie specjalizuje się w systemach RFID, nigdy żadnego systemu RFID nie wykonała ani nie wdrożyła. Stąd też zupełnie nieracjonalne i sprzeczne z zasadami zarówno logiki, jak i doświadczenia życiowego, są twierdzenia przystępującego, że CA Consulting posiada własne linie produkcyjne i jest producentem wskazanych w ofercie komponentów. Gdyby uznać to twierdzenie za prawdziwe, to zdaniem odwołującego Asseco należałoby uznać, że CA Consulting poczyniło nakłady rzędu około 10 000 000 złotych jedynie w celu dostarczenia jednego systemu - o wartości 1 mln złotych i to do spółki zależnej.

Odwołujący Asseco przedłożył dokumenty przedstawiające wygląd przykładowej linii produkcyjnej, w tym przypadku - linii, na których wyprodukowano komponenty zaoferowane przez odwołującego.

Odwołujący Asseco wskazał, że także skala wdrożenia wymaganego w ramach doświadczenia wskazuje na brak prawdopodobieństwa posługiwania się doświadczeniem

CA Consulting, gdyż wdrożeniem o podobnej skali jest wdrożenie systemu RFID na rzecz Centrum Informacji Naukowej i Biblioteka Akademicka (CINIBA), wykonana przez ARFIDO. W załączeniu przedkładamy materiał dotyczący tego wdrożenia na rzecz CINIBA, pokazujący wielkość przedsięwzięcia. Z całą pewnością CA Consulting nie wykonał takiego wdrożenia na rzecz spółki z grupy kapitałowej Comarch - gdyż takie wdrożenie nie jest, zdaniem odwołującego Asseco w grupie kapitałowej obejmujące spółki informatyczne i klub sportowy Cracovia potrzebne. Poza tym nie istnieje taki budynek z taką funkcją, który znajdowały się w użytkowaniu któregośkolwiek podmiotu z grupy kapitałowej Comarch.

Odwołujący Asseco podtrzymał swoje wywody dotyczące nieprawidłowości oceny oferty Comarch w zakresie inteligentnych półek. Podkreślił, że test miał obejmować zgodność oferty z siwz. Jeśli zaś testom podlegała pseudo-półka szerokości kilku centymetrów, na której z całą pewnością nie zmieszczą się żadne akta sądowe (których rozmiar określony jest przepisami prawa), to Comarch zobowiązany jest obecnie do dostawy takich samych pseudo-półek do zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający - nie odrzucając oferty Comarch - zgodził się na taką dostawę w przyszłości. Odwołujący wskazał na treść str. 4 pkt 1.1. opz.

Według wiedzy odwołującego Asseco rozwiązanie Comarch przedstawione do testów nie zapewnia jednoczesnego odczytu kilkuset akt.

W dniu 9 listopada 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie Asseco wnosząc o jego oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania. W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia oferty Comarch zamawiający podniósł analogiczną argumentację jak przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie odwołującego Hadatap, tj. podniósł, że zarzuty są spóźnione, gdyż w dniu 2 września 2015r. odwołujący Asseco dokonał wglądu do oferty Comarch i od tego momentu płynął mu czas na zaskarżenie nieudostępnienia pełnej treści oferty. Podjęcie czynności częściowego udostępnienia oferty i odmowa jej udostępnienia w części tajnej stanowi zaniechanie, które - aby uniknąć zgłoszenia zarzutu spóźnionego - winno zostać zaskarżone w terminie 10 dni od daty odmowy udostępnienia informacji utajnionych. Z ostrożności procesowej zamawiający wskazał, że w niniejszym postępowaniu z uprawnienia do utajnienia określonych informacji skorzystał nie tylko Comarch, ale także sam odwołujący Asseco, w tym - co istotne - zakres utajnienia dokonany przez Asseco w większości pokrywa się z zastrzeżeniem tajemnicy dokonany przez Comarch. W poglądach prezentowanych przez odwołującego występuje wewnętrzna sprzeczność. Z jednej bowiem strony Asseco kwestionuje utajnienie wykazu zamówień złożonego przez Comarch wraz z ofertą, a z drugiej - samo dokonało takiego zastrzeżenia w swojej ofercie. Odwołujący oczekuje odtajnienia przez zamawiającego wykazu usług wykonawcy Comarch, a - jak można przypuszczać - odtajnienie wykazu zamówień przedłożonego przez

odwołującego spotkałoby się ze zdecydowanym sprzeciwem Asseco. Co więcej - warto podkreślić, iż wykonawca Comarch utajnił także uzasadnienie objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a zdaniem odwołującego „z całą pewnością takie informacje nie mają żadnej wartości gospodarczej, ani też nie są informacją handlową, technologiczną czy też organizacyjną. Stąd też nie powinny w ogóle zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa”. Zamawiający ze zdziwieniem przyjął takie stanowisko, gdyż uzasadnienie utajnienia określonych informacji przez Asseco również znajduje się w tajnej części oferty, wyodrębnionej przez Asseco w sposób jednoznaczny i czytelny. Zamawiający podkreślił, iż w postępowaniu nie zaszły żadne przesłanki, które pozwalałyby zróżnicować pozycję odwołującego Asseco oraz wykonawcy Comarch poprzez odtajnienia określonych informacji zawartych w ofercie Comarch i uznanie skuteczności zastrzeżenia tego samego zakresu informacji w ofercie Asseco. Zamawiający podkreślił, że utajnienie określonych informacji przez wykonawcę Comarch zawiera wyczerpujące i odpowiednio umotywowane uzasadnienie - zarówno prawne jak i faktyczne - dla dokonanego zastrzeżenia, w tym odniesiono się w nim także - wbrew twierdzeniom Asseco - do kwestii wartości gospodarczej określonych informacji. Zamawiający wskazał, iż uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji wpisuje się w legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa - znajdują się bowiem w nim informacje wynikające bezpośrednio z pozostałych, zastrzeżonych dokumentów.

Odnosząc się natomiast do kwestii zastrzeżenia wykazu elementów służących do przeprowadzenia próbki dostarczonych razem z ofertą, to utajniony wykaz obejmuje szerszy zakres informacji niż wynikający z jawnej części oferty. W części oznaczonej jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiający wskazał jakie elementy zostały w wykazie wymienione, a nie były wymienione w ofercie. Zamawiający podniósł też, że powołane przez odwołującego Asseco linki nie stanowią one dowodu odnoszącego się do zastrzeżonych informacji. Natomiast jeżeli chodzi o linki mające odnosić się rzekomo do czytelnika mobilnego należy wskazać, iż nie referują one do stron w języku polskim, a zatem nie mogą być uwzględnione jako materiał dowodowy w sprawie.

Nawet jeżeli Izba nie podzieliłaby stanowiska zamawiającego co do skuteczności zastrzeżenia w ww. zakresie, to brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia ww. wykazu właśnie z uwagi na przepis art. 192 ust. 2 ustawy. Jak bowiem podniósł sam odwołujący Asseco, „Comarch wskazał w formularzu ofertowym (strona 7 i 8 oferty), jakie komponenty sprzętowe dostarczy”. Abstrahując zatem od zasygnalizowanej powyżej przez zamawiającego kwestii zakresu utajnienia ww. dokumentów, wykonawca Asseco miał możliwość stwierdzenia, przy wykorzystaniu jakich komponentów sprzętowych zostanie zrealizowany przedmiot zamówienia i w odniesieniu do tych komponentów sprzętowych sformułował w odwołaniu określone zarzuty. Należy zatem

zauważyć, iż brak odtajnienia wykazu elementów służących do przeprowadzenia próbki nie miał/nie mógł mieć nie tyle istotnego, co wręcz nie miał żadnego wpływu na wynik postępowania. Odwołujący i tak sformułował zarzuty w zakresie zaoferowanych komponentów sprzętowych. Zdaniem zamawiającego odwołujący Asseco - nie dysponując argumentami natury merytorycznej - próbuje wykorzystać instytucję tajemnicy przedsiębiorstwa do uzyskania wyniku w postaci uwzględnienia odwołania, co w efekcie i tak nie będzie prowadziło do udzielenia zamówienia temu wykonawcy z uwagi na to, iż zarzuty stricte merytoryczne nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się natomiast do kwestii zastrzeżenia dokumentów w zakresie oceny oferty w kryterium Technologia, zamawiający wskazał, iż zarzut w tym zakresie dotyczy tylko tych elementów, które zostały przedstawione do oceny w ramach kryteriów oceny ofert. Próbka w niniejszym postępowaniu miała dwojaki charakter - część elementów miała służyć potwierdzeniu zgodności oferowanego rozwiązania z wymogami opz, część natomiast służyła uzyskaniu punktów w ramach kryterium oceny ofert Technologia. Odwołujący Asseco w ocenie zamawiającego nie kwestionuje zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa próbki jako takiej w zakresie wykazania spełniania wymogów opz. W tej kwestii odwołujący podważa tylko zastrzeżenie wykazu jako takiego. Zasadność utajnienia próbki jest kwestionowana dopiero w ramach kryterium Technologia, a zatem dotyczy ona testów etykiet RFID w zakresie kryteriów oceny ofert (badana tutaj była funkcja automatycznej zmiany impedancji), czytnika mobilnego (w odniesieniu do testów realizowanych w komorze bezodbiłkowej - pomiary RSSI), „służy” RFID i inteligentnych półek. W ocenie zamawiającego zarzut zaniechania odtajnienia próbki należy odnosić tylko do ww. elementów, a chęć jego modyfikacji w trakcie rozprawy będzie stanowiła nieuprawnione rozszerzenie zarzutów po terminie do wniesienia odwołania.

W odniesieniu do badania czułości czytnika mobilnego w komorze bezodbiłkowej należy nadmienić, iż w ramach tego podkryterium wykonawca Comarch otrzymał 0 pkt. Zatem ewentualne przyjęcie, iż próbka w tym zakresie winna zostać odtajniona nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż pozycja wykonawcy Comarch w tym podkryterium i tak nie może ulec już pogorszeniu.

Zdaniem zamawiającego, nie sposób uznać za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa samych próbek, ich prezentacji, a w konsekwencji raportów z przeprowadzonych testów. Próbka - ze swej istoty - ma charakter techniczny, technologiczny. Odwołujący Asseco z góry założył, iż nie było tutaj miejsca na stosowanie unikalnych technologii, komponentów, czy też specyficznych konfiguracji - należałoby po prostu przedstawić komponenty sprzętowe. Powyższe z pewnością nie znajduje zastosowania w odniesieniu do inteligentnych półek i „służy” RFID, a także do etykiet RFID.

Odwołujący nie przedstawił tutaj żadnych dowodów na to, iż specyfika ww. elementów jest mu znana i nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający podkreślił, że odwołujący Asseco błędnie utożsamia tajemnicę przedsiębiorstwa z dokumentem, gdyż tajemnicą przedsiębiorstwa objęta jest informacja, która jest pojęciem szerszym niż dokument, stąd zamawiający uważa, że dokumenty z testów próbek stanowią pochodną zastrzeżenia prezentacji próbki, a co za tym idzie również podlegają utajnieniu. Raporty dotyczące pozostałych wykonawców podlegają udostępnieniu, gdyż próbka i jej weryfikacji - w odniesieniu do tych wykonawców - nie została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nawet w przypadku niepodzielenia przez Izbę stanowiska zaprezentowanego w niniejszym akapicie zarzut braku udostępnienia nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na brak jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania.

Wykonawca Asseco podniósł w odwołaniu, iż nie zostały mu udostępnione w trakcie wglądu do ofert raporty z testów znaczników oraz raporty z testów inteligentnych półek. Odwołujący wskazał na brak tych dokumentów. Zamawiający podkreślił, iż w trakcie wglądu do dokumentacji postępowania, dokonanej przez przedstawicieli Asseco odwołującemu został udostępniony komplet jawnej dokumentacji postępowania, w tym raport z testów inteligentnych półek i „śluzy” RFID wykonawców Hadatap Sp. z o.o., EBS Sp. z o.o. oraz Praetor Sp. z o.o. Jednocześnie zamawiający nadmienił, iż postanowienia siwz nie wymagały sporządzania protokołów/raportów z dokonanych testów. Obowiązku takiego nie przewiduje także regulamin prac KP. Ponadto, niezrozumiałym jest podnoszenie rzekomego braku określonych dokumentów, skoro finalny ich wynik i tak jest znany wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, a odzwierciedla go zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Co do zaniechania odtajnienia wykazu usług i związanych z nimi dokumentów, to zamawiający zajął stanowisko tożsame z wyrażonym w sprawie sygn. akt KIO 2260/15. Podniósł także, że nawet hipotetycznie przyjmując, iż może chodzić o usługę wykonaną na rzecz spółki z grupy kapitałowej Comarch, nie sposób odmówić takiej informacji - jedynie na tej podstawie - waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Powiązania kapitałowe same w sobie nie wskazują na przedmiot i zakres udostępnianych zasobów, tym bardziej, gdy mówimy o podmiotach prywatnych. Odwołujący wybiórczo podchodzi do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa, stwierdzając np. że odbiorca czy też data realizacji zamówienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Stąd też pojawia się pytanie, czy i ewentualnie jakie dane z wykazu mogłyby zostać utajnione. Na tajemnicę przedsiębiorstwa co do zasady składa się komplet informacji, danych identyfikujących dane zamówienie i nie można wykluczyć sytuacji, w której po jednym - w ocenie odwołującego nawet nieznaczącym elemencie - można zidentyfikować zamówienie wykazane w dokumentach złożonych wraz z ofertą. Zamawiający podkreśla, iż wykaz zamówień wraz z referencjami złożony przez

wykonawcę Comarch zawiera dane takie jak oznaczenie kontrahentów, zakres kontaktów gospodarczych, współpracy z innymi podmiotami, a także zakres zamówienia, w tym dane techniczne dotyczącego jego realizacji. Zastrzeżenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług jest konsekwencją zastrzeżenia samego wykazu usług. Zamawiający w części pisma oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazał na czyją rzecz i przez kogo była wykonana sporna usługa i dlaczego uznał dopuszczalność objęcia jej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do rzekomo niezasadnego zaniechania odtajnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów należy wskazać, iż utajnienie tego dokumentu jest naturalną konsekwencją zastrzeżenia wykazu zamówień wraz z referencjami i wykazu osób. W tym zakresie aktualne pozostają dotychczasowe twierdzenia zamawiającego dotyczącego zbieżności ram utajnienia z oferty odwołującego i oferty Comarch.

Zdaniem zamawiającego nawet przyjmując, iż oferta Comarch zawiera udostępnienie zasobów przez podmiot z nim powiązany, to nie sposób przyjąć, iż powyższe wyłącza możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ustawodawca w żadnym miejscu nie wyłącza możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do współpracy podmiotów, które są powiązane kapitałowo. Należy bowiem od siebie odróżnić element powiązań kapitałowych oraz zakres współpracy i zamówień realizowanych przez te podmioty powiązane. Zamawiający wskazał także na to, że powoływanie się przez odwołującego Asseco na orzecznictwo bez prezentacji stanów faktycznych, w których dane orzeczenie zapadło, nie jest prawidłowe.

W zakresie utajnienia określonych informacji zawartych w korespondencji pomiędzy wykonawcą Comarch a zamawiającym to jeżeli dany wykonawca zastrzeże daną informację w swoim ofercie to logicznym pozostaje, iż wezwania kierowane przez zamawiającego i odpowiedzi wykonawcy w tym zakresie nie mogą zostać udostępnione.

Odnosząc się natomiast do zarzutu zaniechania wykluczenia Comarch z postępowania to, że Comarch nie zawarł na swojej stronie internetowej ani też w żadnych innych materiałach żadnych informacji, że kiedykolwiek wdrażał na rzecz jakiegokolwiek podmiotu system RFID, nie może stanowić uzasadnienia dla wykluczenia wykonawcy Comarch z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, a co istotne - stanowi potwierdzenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie. Nawet przyjmując, iż w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia Comarch bazuje na zasobach podmiotów trzecich nie sposób przyjąć, iż nie doszło do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Twierdzenia odwołującego Asseco w tym zakresie obarczone są błędem - wykonawca Asseco bezpodstawnie utożsamia udostępnienie zasobów z podwykonawstwem. Zamawiający uważa, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy w żadnym razie nie referuje do bezpośredniego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Zamawiający nie

polemizuje z tym, iż udostępnienie zasobów winno być rzeczywiste i realne - niemniej udostępnienie rzeczywiste i realne może przybierać także inne formy niż podwykonawstwo. Zobowiązanie udostępnione przez Comarch, w ocenie zamawiającego, spełnia wymogi, w tym zawiera wszystkie elementy wyspecyfikowane w siwz dla takiego zobowiązania, w szczególności zamawiający w części oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazał jakie zasoby zostały w zobowiązaniu udostępnione i w jakiej formie do tego udostępnienia dojdzie oraz dlaczego zamawiający uznał ja za realną. Odwołujący Asseco podniósł, iż zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w realizacji 3 projektów, co nie znajduje potwierdzenia w treści siwz. Zamawiający w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia postawił wymagania oznaczone lit. a)-c), z jednoczesnym zaznaczeniem, iż wykonawcy - na potwierdzenie spełniania tych wymogów - mogą wykazać się realizacją dostawy i wdrożenia jednego, tego samego systemu, o ile zrealizowane zamówienie potwierdza każdy z wymogów postawionych przez zamawiającego. Tym samym zamawiający dopuścił sytuację, w której wykonawca wykaże się realizacją tylko jednego zamówienia - 3 projekty stanowiły jedną z możliwych opcji dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale nie były jedyną możliwą opcją, stąd też teza odwołującego Asseco o przełożeniu tych wymagań zamawiającego bezpośrednio na podwykonawstwo nie znajduje uzasadnienia.

Zdaniem zamawiającego nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której to podwykonawstwo nie okaże się realnym i rzeczywistym dostępem do zasobów, a lepsze rezultaty dadzą np. konsultacje czy też udostępnienie określonej dokumentacji technicznej. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego Asseco, iż doświadczenia w ogóle nie można przekazać w formie konsultacji i doradztwa. Konsultacje, doradztwo stanowią typową, o ile nie podstawową metodą przekazywania posiadanego doświadczenia. W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Comarch z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zamawiający podniósł, że nie zawęził kategorii, na rzecz której miało zostać zrealizowane zamówienie wykazywane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Potwierdza to też sam Odwołujący, który wprost traktuje o kategorii - dość obszernej - a mianowicie o innych podmiotach. Niezrozumiałym jest jednak zawężanie dopuszczalnych wdrożeń do tych realizowanych w wyniku postępowań przetargowych - wymóg taki nie został wyartykułowany siwz. Jedynym argumentem podniesionym w odwołaniu, który miałby potwierdzać zasadność postawionego zarzutu jest „znajomość rynku systemów RFID” - okoliczności tej należy jednak odmówić waloru dowodowego. W części oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa zamawiający wskazał na czyjej usłudze bazuje Comarch i jakiego rynku to wdrożenie dotyczy oraz wyjaśnił dlaczego w jego ocenie twierdzenia odwołującego Asseco są niewiarygodne.

Niezależnie od powyższego uzasadnienie zaprezentowane przez odwołującego Asseco nie przystaje do podstawy wykluczenia, z której skorzystania się domaga. Odwołujący podejmuje próby wykazania niespełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie podania nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający w tym zakresie w całości podtrzymał wywody poczynione w odpowiedzi na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2260/15. Jednocześnie nadmienił, że odwołanie wykonawcy Asseco jest dość chaotyczne i są podnoszone w nim twierdzenia, które wykluczają się wzajemnie. Z jednej bowiem strony odwołujący podnosi, iż rzekomo nie mamy tutaj do czynienia z realnym udostępnieniem zasobów, gdyż w ofercie nie wskazano na podwykonawstwo, a z drugiej jest mowa o tym, że Comarch/podmiot udostępniający mu zasoby nie zrealizował wdrożenia, które wpisywałoby się w warunki postawione przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę drugi z ww. elementów pojawia się pytanie o wiarygodność twierdzeń odwołującego oraz celowość i zasadność postawienia zarzutu dotyczącego braku podwykonawstwa w kontekście rzekomego braku zrealizowania wdrożenia o wymaganych parametrach.

Ponadto, zamawiający zauważył, iż odwołujący Asseco kategorię nieprawdziwych informacji sprowadza do sprzętu wskazanego przez Comarch w złożonej ofercie, stwierdzając, że spółka CA Consulting nie może być producentem określonych rozwiązań z oferty, a jej wskazanie jako producenta stanowi poświadczenie nieprawdy. W tym zakresie zamawiający podkreśla, iż podanie nieprawdziwych informacji należy odnosić tylko do oświadczeń wiedzy, a nie do oświadczeń woli. Kwestia producenta określonego sprzętu nie może zatem skutkować uznaniem podania nieprawdziwych informacji w okolicznościach wpisujących się w przesłankę wykluczenia z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Ponadto, należy nadmienić, iż niezrozumiałym jest traktowanie o nieistniejącym sprzęcie w odniesieniu do próbek, które podlegały testom określonym w siwz.

Odwołujący wskazuje także, iż oferta Comarch winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz. Przedmiotowy zarzut zasadza się na stwierdzeniu, iż ocena oferty Comarch w ramach kryterium technologia podkryterium przedstawienie do testów inteligentnych półek i „śluzy” RFID jest niezgodna z określonymi w siwz i ustawie zasadami oceny ofert. W odwołaniu stwierdzono, iż „oczywistym jest, że testowane półki powinny być półkami na teczki z aktami sądowymi, gdyż taki system zamawia Zamawiający”, a opis takich próbek znajduje się w opz.

Odwołujący Asseco, zdaniem zamawiającego, błędnie przyjął, iż rzekomo nieprawidłowa ocena próbek w ramach określonych podkryteriów składających się na kryterium technologia stanowi podstawę do zakwalifikowania oferty jako niezgodnej z treścią siwz. Błędna ocena próbek w zakresie kryteriów oceny ofert, co najwyżej mogłaby skutkować zmianą liczby punktów przyznanej danemu wykonawcy w ramach określonego kryterium, a nie odrzuceniem oferty.

W kryterium technologia podkryterium przedstawienie do testów inteligentnych półek i „śluzy” RFID w siwz - jest mowa o walorach próbki, czyli jej cechach, atrybutach, a nie o jej zgodności z treścią siwz. Zamawiający w niniejszej sprawie określił w siwz, jakie walory/elementy będą oceniane dla inteligentnych półek i „śluzy” RFID, w żadnym miejscu nie stawiając jednak konkretnych wymogów technicznych, w tym, tym bardziej konieczności zgodności z opz. Jak już wskazano, w niniejszym postępowaniu inteligentne półki i „śluza” RFID dotyczą drugiej z kryteriów oceny - na co wskazuje wprost brzmienie siwz. Oznacza to, iż powyższe elementy nie służyły potwierdzeniu zgodności z opz, a celem ich zgłoszenia do oceny było uzyskanie dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Ocena w ramach ww. podkryteriów w żadnym razie nie sprowadzała się do oceny rozwiązań/elementów, które musiały być zgodne z opz, w tym stanowić gotowy przedmiot zamówienia. Wywód przedstawiony w tym zakresie przez odwołującego stanowi jedynie nieuprawnioną próbę zmiany - po otwarciu ofert - jasnych i czytelnych postanowień siwz. Odwołujący przyjął, iż oczywistym pozostaje, iż do oceny należało przedstawić półki na teczki z aktami sądowymi. Podstawą dla takiej konkluzji nie może być treść siwz. Siwz w zakresie opisu sposobu przyznawania punktów w ramach kryterium technologia podkryterium przedstawienie do testów inteligentnych półek i „śluzy RFID” w żadnym miejscu nie referuje do konieczności spełnienia wymogów postawionych w opz.

Zamawiający podkreślił, że żadne postanowienie siwz nie nakładało wymogu, aby półka spełniała wymogi opz. Zatem wymogu tego nie można wprowadzić na etapie po składaniu ofert. W zakresie wnioskowanego dowodu z nagrania zamawiający wskazał, iż procedura oceny próbek nie była nagrywana.

Nie zgodził się także z twierdzeniem odwołującego Asseco, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. Retoryka odwołującego składająca się na ten zarzut wybrzmiewa w sposób dość jednoznaczny - wykonawca Asseco jest rozczarowany nieuzyskaniem zamówienia, gdyż uważa się za wykonawcę „mocniejszego” w przedmiotowym zakresie. Zamawiający podkreśla - w kontekście powyższego - iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie rozstrzyga, który wykonawca ma mocniejszą pozycję na rynku i tego wykonawcy ofertę wybiera. Wymogi zamawiającego zostały określone w siwz - przybrały one przede wszystkim formę warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert. Wszystkie oferty złożone w postępowaniu zostały ocenione według tych wymogów, a wynik tej oceny - przeprowadzonej zgodnie z ustawą - został odzwierciedlony w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą korzystać z zasobów udostępnianych przez osoby trzecie. Możliwość ta wpisuje się bowiem w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Daje bowiem szansę wykonawcom na uzyskanie zamówienia i w ten sposób zdobywanie doświadczenia „własnego”. Nie można

czynić zarzutu zamawiającemu, iż wybrał wykonawcę, który - według odwołującego Asseco - nie posiada własnego doświadczenia i z tego tytułu przyjmować, iż oferta Comarch stanowi jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji. Na czyn ten miałyby się składać elementy, do których zamawiający już się odniósł w niniejszej odpowiedzi na odwołanie, tj. kwestia podania nieprawdziwych informacji w zakresie sprzętu oraz wykazania fikcyjnego doświadczenia.

W dniu 9 listopada 2015r. przystępujący Comarch przedłożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania i dopuszczenie dowodów załączonych do niniejszego pisma. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1-3 Ustawy PZP. - zaniechanie odtajnienia, podniósł że jest on spóźniony, podnosząc argumentację analogiczną jak zamawiający. Nadto przystępujący wskazał, że Asseco podnosząc przedmiotowy zarzut w odwołaniu w terminie liczonym od poinformowania przez zamawiającego o wynikach oceny ofert - bezpodstawnie usiłuje przedłużyć termin zaskarżenia decyzji o nieudostępnieniu części ofert stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przystępujący Comarch podkreślił, że zamawiający w dniu 31 sierpnia 2015r. dokonał oceny zasadności zastrzeżonej tajemnicy i jak wynika z akt postępowania - po tym dniu nie zwracał się już do wykonawców o wyjaśnienie zasadności dokonanych zastrzeżeń. Zamawiający zatem po zakomunikowaniu swej odmowy udostępnienia zastrzeżonych części ofert nie dokonywał już czynności badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w ofertach, zatem odwołanie wniesione na nieodtajnienie (zaniechanie) przez zamawiającego zastrzeżonych informacji od daty 31 sierpnia 2015 roku nie byłoby przedwcześnie.

Ponadto odwołujący Asseco we własnej ofercie utajnił te same informacje co przystępujący Comarch - z dokładnością do utajnienia nawet spisu treści części niejawnej oferty - in concreto: Asseco utajniło jako tajemnicę przedsiębiorstwa 1) Spis treści dot. części niejawnej, 2) Wykaz wykonanych usług, 3) Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług, 4) Wykaz osób, 5) Informacja dot. podwykonawców.

W konsekwencji Asseco nie posiada legitymacji do domagania się odtajnienia tych części oferty Comarch Polska - tak wyrok KIO 2108/14, KIO 2112/14. Przystępujący Comarch podniósł też, że zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie ma wpływu na wynik postępowania

Odnośnie Wykazu elementów służących do przeprowadzenia próbki, to przystępujący Comarch wskazał, że jawny wykaz oferowanego sprzętu z oferty Comarch Polska (str. 7 i 8) oraz Wykaz elementów służących do przeprowadzenia próbki (str. 73 oferty - część niejawna) pokrywają się tylko częściowo, tj. w zakresie Etykiet RFID, Urządzenia SKD, Urządzenia SWPD i Czytnika mobilnego. Pozycje 5-8 wykazu służące do przeprowadzenia próbki pozostały niejawne.

Odnosnie zakresu pokrywającego się: skoro Asseco podjęło już wiedzę na ten temat, to uwzględnienie zarzutu i nakazanie odtajnienia tych (już ujawnionych) danych nie jest możliwe - z uwagi braku wpływu na wynik postępowania. Informacje te jako jawne nie stanowiły też i nie mogą stanowić żadnego utrudnienia dla odwołującego w kontekście formułowania ewentualnych zarzutów w stosunku do treści oferty przystępującego.

W pozostałym zakresie, tj. elementów nie ujętych w jawnej części oferty: nie jest wiadome, dlaczego odwołujący Asseco twierdzi, iż zawarte w Wykazie „pozostałe” elementy (poza tymi wskazanymi w Formularzu Ofert) „nie istnieją”. Odwołujący nie udowodnił tego twierdzenia - a z niego wywodzi fakt niemożności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. W konsekwencji zarzut w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. Zwraca też uwagę w ocenie przystępującego Comarch błąd logiczny odwołującego. Skoro wedle jego uważania sprzęt ten (elementy służące do przeprowadzenia próbki) nie istnieją - nie ma żadnej wartości dodanej ani interesu odwołującego w tym, by je poznać. Odwołujący Asseco nie może i nie mógłby ponieść szkody z uwagi na nieodtajnienie nazw, czy modeli nieistniejących jakoby elementów sprzętu - co uzasadnia oddalenie zarzutu.

Odnosnie Raportu z testów próbek i Raportu z próbek zrealizowanych w archiwum sadowym, to wbrew twierdzeniom odwołującego Asseco, znajdującym się na str. 8 odwołania, przystępujący Comarch na str. 43 oferty (pkt 5) w sposób wyraźny zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa: „WYKAZ ELEMENTÓW SŁUŻĄCYCH DO PRZEPROWADZENIA PRÓBK, DOSTARCZONYCH RAZEM Z OFERTĄ -ROZDZIAŁ 18 OFERTY, ORAZ JEJ PREZENTACJA/WERYFIKACJA”. Tak więc zgodnie z powyższym zastrzeżeniem, wolą przystępującego była ochrona przed ujawnieniem nie tylko samej próbki lecz również jej prezentacji, prowadzonej w ramach procedury testowej. Mając na uwadze fakt, iż raporty z testów próbek odnoszą się niewątpliwie do elementów zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa zamawiający podjął słuszną decyzję o ich nieujawnieniu odwołującemu.

W zakresie Wykazu usług, referencji oraz Zobowiązania, to odwołujący Asseco nie dysponuje jakkolwiek wiedzą, co do informacji zastrzeżonych przez przystępującego Comarch, a jest to tylko próba „odgadnięcia” nieudostępnionych Asseco informacji. Ponadto przystępujący Comarch mając na względzie fakt, iż nie zostały ujawnione imiona i nazwiska osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (odwołujący nawet nie domaga się odtajnienia tych informacji), uważa, że informacje o zamówieniach zrealizowanych na rzecz podmiotów innych niż zobowiązanych do stosowania ustawy oraz, że pisemne zobowiązania podmiotów trzecich obejmują również informacje o udostępnieniu potencjału innego niż ten, o odtajnienie którego ubiega się odwołujący Asseco - treść Zobowiązania powinna pozostać objęta tajemnicą. Przystępujący Comarch wskazał także, że przyjęte przez odwołującego Asseco prawdopodobne założenia nie oznaczają, że odwołujący ma wiedzę co do

utajnionych informacji i nie można na tej podstawie przyjąć, że nie jest spełniona przesłanka tajemnicy przedsiębiorstwa dotycząca „nieujawnienia do wiadomości publicznej”.

Przystępujący Comarch - w przeciwieństwie do Asseco – co do nieobjęcia tajemnicą próbek pochodzących od Affrido - zastrzeżonych informacji nigdy nie ujawnił publicznie i dołożył należytej staranności by utrzymać te informacje w tajemnicy, czego dowodem jest choćby fakt, iż Asseco domaga się odtajnienia tych informacji, nie mając pewności co do ich treści.

W przypadku przystępującego Comarch Polska sytuacji wskazana powyżej nie zachodzi.

Przystępujący Comarch wskazał ponadto, że złożone w ofercie dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie dotyczą realizacji umów na rzecz podmiotów sektora finansów publicznych. Nie zachodzi więc sytuacja niemożności ich utajnienia z uwagi na jawność per se umów realizowanych na rzecz takich podmiotów, ani świadomości wykonawców realizujących takie umowy, którzy nawet w sytuacji ich udostępniania w trybie art. 26 ust. 2b ustawy winni liczyć się z ich odtajnieniem.

Inne informacje o portfelu klientów spoza szeroko pojętego sektora publicznego oraz o zrealizowanych na ich rzecz zamówieniach (a tym samym - o nabytym w związku z ich realizacją doświadczeniu) posiadają wartość gospodarczą uzasadniającą ich ochronę.

np. Wyrok KIO z 12.04.2012, sygn. akt: KIO 590/12, KIO 600/12).

Odnosnie korespondencji pomiędzy przystępującym Comarch, a zamawiającym, to podniósł, iż fakt zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzonej pomiędzy przystępującym Comarch Polska a zamawiającym korespondencji w przedmiocie dokumentów złożonych w ofercie - jest pochodną uznania za zasadne zastrzeżenia tajemnicy dokumentów z oferty, których te wyjaśnienia czy uzupełnienia dotyczą. Takie uprawnienie zamawiającego właśnie jako pochodną zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przez wykonawcę - przedsiębiorcę, bowiem z samych zapytań mogłoby dojść do pośredniego odtajnienia tej informacji (por. np. wyrok KIO z 28.02.2014, sygn. akt: KIO 245/14).

Jeżeli zamawiający uznał w dniu 31 sierpnia 2015 roku zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie określonych w ofercie dokumentów - na którą to decyzję Asseco w terminie dokonania takiej oceny nie wniosło odwołania - nie zachodzi już możliwość odtajnienia tejże korespondencji, bowiem fakt utrzymania tajności dokumentów których ona dotyczy pozostaje niewzruszalny - z uwagi na spóźnienie zarzutu.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, to sprowadza się on do kwestionowania zobowiązania do udostępnienia zasobów i realnego charakteru tego udostępnienia - a to wobec zarzucanego braku udziału podmiotu trzeciego, udostępniającego zasoby, w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy oraz wobec jakoby ogólnikowego charakteru tego oświadczenia.

Przystępujący Comarch wskazał, że podwykonawstwo jest co prawda najpełniejszym wyrazem (formą) udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, lecz udział w takim

charakterze nie jest jedynym dopuszczalnym, ani obligatoryjnym. Co istotne - podobne (właściwie identyczne) zobowiązanie jak stanowiące podstawę omawianego zarzutu było przedmiotem niedawnej oceny przez Izbę, nota bene w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego i zostało uznane za prawidłowe, pełne, dowodzące odpowiedniego, realnego udostępnienia zasobu - co potwierdziła Izba w wyroku z dnia 27 października 2015 roku, sygn. akt KIO 2213/15.

Po drugie - odwołujący Asseco pomija fakt, iż udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy nie jest obligatoryjny, o czym przesądza zdecydowana większość wypowiedzi doktrynalnych i orzeczniczych. Ukształtowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, którą można uznać za dominującą i utrwaloną - dopuszcza brak podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasoby, uznaje też jako realne udostępnienie wiedzy i doświadczenia w postaci szkoleń, doradztwa czy konsultacji. W tym miejscu przystępujący Comarch powołał to samo orzecznictwo, na które wskazywał w sprawie sygn. akt KIO 2260/15 i ponad argumentację tam zawartą podał, że odwołujący Asseco nie udowodnił, iż w okolicznościach dotyczących realizacji tego zamówienia w świetle opisu przedmiotu zamówienia uznać należy udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jako podwykonawcy za obowiązkowy.

Wręcz przeciwnie - sam Asseco wywodzi w odwołaniu, że zamówienie nie charakteryzuje się szczególnym stopniem skomplikowania czy nowatorstwa i sprowadza się do dostarczenia seryjnie produkowanego sprzętu.

Przystępujący Comarch Polska zgadza się z tym twierdzeniem, tym bardziej więc wymaganie obligatoryjnego udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy nie ma uzasadnienia.

Po czwarte - uznaniu za błędną argumentację i wywód odwołującego Asseco nie sprzeciwia się stosunkowo nowa definicja umowy podwykonawczej oraz dodane do ustawy i w tym zakresie przystępujący Comarch wskazał na argumentację prezentowaną w sprawie sygn. akt KIO 2260/15. Nawet zaś gdyby uznać, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodzi z jakiś powodów obowiązek podwykonawstwa (czemu przystępujący Comarch zaprzecza) - zarzut odwołującego prowadziłby do konieczności uzupełnienia zobowiązania, bowiem nie jest możliwe wykluczenie wykonawcy za niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu bez zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy, a ewentualny brak w ofercie podwykonawstwa w takim przypadku nie mógłby rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Przesądzają o tym po pierwsze fakt numerus klauzus podstaw odrzucenia oferty, które takiej podstawy nie przewiduje, po drugie brak sankcji w ustawie z powodu nie wpisania w ofercie odpowiedniego zakresu podwykonawstwa, która to informacja ma walor czysto informacyjny. Tak też stwierdza wyrok z dnia 9 lipca 2015 roku (sygn. KIO 1328/15).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy - zaniechanie wykluczenia z uwagi na złożenie informacji nieprawdziwej w Wykazie usług, to zarzut jest zupełnie chybiony - fakt wykonania zamówień referencyjnych nie budzi wątpliwości i wynika jasno i jednoznacznie z oferty przystępującego. Ponadto zarzut nie został udowodniony - i jako taki podlega oddaleniu (ciężar dowodowy spoczywa na odwołującym).

Na marginesie - dowód z porównania doświadczenia podwykonawcy, jakiego wybrało Asseco (iż ma on duże doświadczenie na rynku), czy nawet z jego wiedzy rynkowej lub rozeznania nie dowodzi niewykonania określonej umowy, gdyż oznaczałoby to przyjęcie „wszechwiedzy” tego podwykonawcy, czego przyjąć nie sposób, a tym bardziej nie dowodzi złożenia informacji nieprawdziwej. Ponadto „wiedza”, lub raczej orientacja Asseco czyjego podwykonawcy nie jest pełna. „Wiedza” ta i „obserwacja” rynku przez Asseco - jak wskazuje odwołujący - nie jest też wiarygodnym argumentem. Dowodzi tego choćby fakt, iż odwołujący mija się z prawdą (bądź z prawdą mija się jego podwykonawca) dowodząc, że „W Polsce w ogóle nie funkcjonuje ani jeden producent takich etykiet” [transpondery RFID] - str. 22 odwołania]. Tymczasem producent taki istnieje, i nie jest to CA Consulting S.A. - zatem jest co najmniej dwóch producentów takich urządzeń, o których pomimo wieloletniego doświadczenia podwykonawcy Asseco i „obserwacji” rynku przez Asseco - odwołujący nie słyszał. Samo zaś pominięcie jako producenta Hadatap dowodzi błędnej i niepełnej orientacji Asseco i jego podwykonawcy w rynku - co czyni „wiedzę” o orientacji Asseco i jego podwykonawcy niewiarygodną, która nie może dowodzić stawianych tez.

Wreszcie (ponownie) chybiona jest „najlepsza wiedza odwołującego” - który zarzuca w odwołaniu odnosnie nieznanego mu referencji (str. 21) referencja ta - według najlepszej wiedzy odwołującego - obejmuje dostarczenie i wdrożenie systemu RFID przez CA Consulting na rzecz Innej spółki z Grupy Kapitałowej Comarch, a tak nie jest. W ofercie przystępującego Comarch nie znajduje się taka referencja. Być może to tłumaczy wcześniejsze bezowocne poszukiwania na rynku przez Asseco i jego podwykonawcę wdrożenia jakie może być zawarte w ofercie Comarch Polska S.A.: koncentrując się na wykonawcy z Grupy Kapitałowej Comarch CA Consulting odwołujący pominął pozostały rynek.

Przystępujący Comarch zaprzecza też, że referencja znajdująca się w ofercie nie została podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentacji. Nawet zaś gdyby pod referencją nie była podpisana taka osoba - nie ma to żadnego znaczenia prawnego, bowiem tzw. referencja jest oświadczeniem wiedzy, a nie woli podmiotu składającego dane oświadczenie, zatem zasady reprezentacji przez organy wynikające z przepisów ogólnych nie mają do niego zastosowania. Przystępujący Comarch podniósł, iż Asseco nie wykazało żadnego obligatoryjnego - dla uznania założenia w ofercie informacji nieprawdziwej - aspektu, i to niezależnie od prezentowanych przez orzecznictwo poglądów. Przystępujący przedstawił

także dwie linie orzecznicze dotyczące nieprawdziwych informacji i wskazał na argumentację zbieżną z argumentacją przedstawioną w sprawie sygn. akt KIO 2260/15.

Niezależnie jednak od tych zapatrywań przystępujący Comarch wskazał, że- Asseco podnosząc omawiany zarzut nie udowodniło żadnego z istotnych aspektów umożliwiających uwzględnienie zarzutu: nie wykazało bowiem ani samego faktu złożenia nieprawdziwej informacji (w sensie jej obiektywnej niezgodności z rzeczywistością w sposób nie budzący wątpliwości), ani też nie wykazało zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Odnosnie zarzutu opartego na podstawie faktycznej wskazania CA Consulting S.A. jako producenta sprzętu, to zarzut ten w ocenie przystępującego Comarch również nie zasługuje na uwzględnienie. Również w tym przypadku powołana przez Asseco argumentacja jest wyłącznie kwestią domniemań, opartych na ograniczonej wiedzy odwołującego lub być może nawet na jego złej woli. Przystępujący Comarch stanowczo sprzeciwia się przyjętemu tokowi argumentowania (jakoby nieprawdą było, iż CA Consulting S.A. jest producentem). Z faktu, iż odwołujący wielokrotnie powtarza, że coś jest nieprawdą lub nie istnieje nie wynika jeszcze, że tak jest, a przynajmniej nie wynika to i nie działa (nie powinna działać) taka metoda w argumentacji procesowej, będącej daleko od dziedziny marketingu politycznego.

Zarzut jako nieudowodniony - podlega oddaleniu.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, to przystępujący Comarch podniósł, że nie zachodzi żadna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, bowiem:

- 1) Treść SIWZ nie zawiera wymogu dostarczenia półek w ramach zamówienia,
- 2) Treść SIWZ nie reguluje wymagań co do półek dostarczanych do testów,
- 3) Treść oferty nie obejmuje półek,
- 4) Przedstawione do testów fakultatywnych „inteligentne półki” - zgodnie z SIWZ - miały być półkami wdrożonymi i uruchomionymi produkcyjnie poza niniejszym przetargiem, w ramach innego, dokonanego wcześniej wdrożenia.
- 5) W ramach testów fakultatywnych testowana była nie cecha półek czy innych urządzeń (etykiet itd.), ale cecha systemu, tj. algorytm zapewniający funkcjonalność identyfikacji dokumentów. Same urządzenia dostarczają jedynie informacje co odczytują. Standardy wymienione w SIWZ dla RFID UHF (w tym częstotliwości) charakteryzują z kolei technologie. W takiej też technologii zaprezentowano w ramach oferty przystępującego Comarch uprzednio wdrożone rozwiązanie inteligentnych półek i służy.

Podstawa faktyczna przytoczonych zarzutów stanowi nadinterpretację odwołującego Asseco powołanych przez niego zapisów siwz. Nie jest też prawdziwe twierdzenie jakoby jedynie Comarch przedstawił do testów półki nie spełniające wymagań siwz, a jedynie Asseco takie półki przedstawiło. Po pierwsze Asseco pomija fakt, iż przedmiot zamówienia nie obejmuje półek. Nie istnieje żaden zapis siwz nakazujący dostarczyć w ramach oferty półki.

Zamawiający wyraźnie potwierdził taki stan rzeczy w odpowiedzi na zapytania do SIWZ (z dnia 04 sierpnia 2015r., odpowiedź na pytanie 17)

Błędem i nadinterpretacją siwz jest w ocenie przystępującego Comarch „naciąganie” wymagań funkcjonalnych co do innego urządzenia (zamawianego czytnika mobilnego) - do wymagań w zakresie testów na potrzeby kryterium oceny ofert innego rozwiązania („inteligentnej półki”).

Na wykazanie swojej tezy Odwołujący przywołuje zapis pkt. 4.1.5.1 lit. a Rozdziału V opz. Powołany zapis nie jest - jak twierdzi Asseco „opisem półek” jakie należy dostarczyć do testów - lecz opisem wymagania funkcjonalnego dostarczanego w ramach oferty czytnika mobilnego polegającego na „Poszukiwaniu teczki” — lit. a. Czyli po pierwsze opis ten nie dotyczy wymagań dotyczących scenariusza przeprowadzenia testów wdrożonych inteligentnych półek, a co więcej dotyczy innego urządzenia (tj. czytnika mobilnego).

Zresztą cytowana przez Asseco funkcjonalność czytnika mobilnego przy testowaniu próbki czytnika Comarch Polska została przez zamawiającego sprawdzona w ramach testów czytnika mobilnego realizowanych w pomieszczeniach archiwach sądowych. Czytnik przedstawiony do testów przez Comarch Polska przeszedł pozytywnie ów test.

Drugim zapisem siwz powołanym w odwołaniu zapis Rozdziału III (Wstęp) do Opisu Przedmiotu Zamówienia, który to zapis ogólnie mówi jakie zastosowanie będzie miał system informatyczny dostarczany w ramach zamówienia, a więc zapis po pierwsze nie dotyczy sposobu przeprowadzania testów, a także samej funkcjonalności inteligentnych półek.

Co więcej - przedstawiane do testów tzw. inteligentne półki zgodnie z siwz miały być półkami uprzednio wdrożonymi i uruchomionymi do celów produkcyjnych, zatem siłą rzeczy siwz nie tylko nie regulowała wymagań co do uprzedniego wdrożenia, ale też nie miała (nie mogła mieć) takiej mocy. Uprzednie wdrożenie i uruchomienie produkcyjne pozostawało i pozostaje zawsze poza sferą niniejszego postępowania i siwz nie mogła regulować wymagań względem tego wdrożenia.

W Rozdziale XII pkt 2 SIWZ str. 13 rozróżniono przedmiot oferty (jakie urządzenia należy złożyć wraz z ofertą - ppkt. 2.5.) od obowiązku przedstawienia „dodatkowo” do testów (co było fakultatywne) inteligentnych półek oraz „Śluzy RFID” (ppkt. 2.6).

Co więcej - „Wykonane przez siebie” inteligentne półki oraz „śluza RFID” nie były składane wraz z ofertą. Wraz z ofertą składane były tylko oferowane urządzenia wskazane w lit. a) - d) pkt. 2.5. powyżej. Inteligentne półki oraz „śluza RFID” miały być zaś złożone po terminie składania ofert -zgodnie z pkt 3 ppkt 3.5. SIWZ (str. 13):

Ponadto zgodnie z SIWZ z Rozdział XII pkt 3 siwz, str. 13 - ocena próbek na okoliczność „zgodności złożonych próbek z wymaganiami Zamawiającego” miała dotyczyć tylko „próbek złożonych wraz z ofertą” - a zatem tych wskazanych w 2.5. lit. a) - d), a nie urządzeń złożonych poza nią.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 2 z wyjaśnień przesłanych 4 sierpnia 2015 r. zamawiający przewidział w siwz możliwość zgłoszenia do oceny wdrożonych inteligentnych półek oraz wdrożonej śluzy RHD, czyli uruchomionych dla celów produkcyjnych (a nie przygotowanych jedynie na potrzeby oceny ofert w ramach mniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Zamawiający w przedmiotowym zakresie podtrzymał dotychczasową treść SIWZ.

Wyjaśnienia z dnia 13 sierpnia 2015 r - praktycznie w całości objaśniają sposób i logistykę przebiegu testów uprzednio wdrożonych i uruchomionych produkcyjnie Inteligentnych półek. W rozdziale XII pkt 3 siwz zamawiający określił procedurę i sposób oceny próbek składanych przez wykonawców zgodnie z pkt 2 ppkt 2 oraz ppkt 2.6 ww. rozdziału siwz, Stosownie do brzmienia pkt 2 ppkt 2.6 siwz Wykonawca może zgłosić do oceny wykonane przez siebie inteligentne półki lub wykonaną przez siebie „śluzę” RFID. Inteligentne półki oraz „śluzę” RFID mają być dostarczone przez wykonawcę do miejsca testów wskazanego przez zamawiającego w piśmie informującym o miejscu i terminie przeprowadzenia testów (rozdział XII pkt 3 ppkt 3.5 siwz).

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia siwz, przystępujący Comarch podkreślił, że nie wykluczają one możliwości przeprowadzenia testów w miejscu udostępnionym tudzież zorganizowanym przez wykonawcę. Zamawiający zatem wyjaśnił, iż miejscem testów wskazanym przez zamawiającego może być zarówno miejsce instalacji / funkcjonowania elementów (tj. inteligentnych półek lub „śluzę” RFID) zgłaszanych przez wykonawcę do oceny, jak również inne miejsce wyznaczone przez zamawiającego, co precyzyjnie zostanie określone w piśmie informującym o miejscu i terminie przeprowadzenia testów, a zależne będzie od deklaracji wykonawcy złożonej w Formularzu Ofertowym.

W niniejszym postępowaniu zamawiający wprowadził zatem dla kryteriów nieobligatoryjnych specyficzny sposób testowania inteligentnych półek i „śluzę RFID" - które po pierwsze nie były składane razem z ofertą, a po drugie nie były i nie mogły być elementami (urządzeniami) oferowanymi, gdyż - wręcz przeciwnie - musiały być rozwiązaniami uprzednio wdrożonymi dla celów produkcyjnych.

W tym zakresie Inteligentne półki oraz „śluzę RFID" dostarczana do testów oraz same testy istotnie różniły się od testów pozostałych, oferowanych, złożonych wraz z ofertą urządzeń i jest to zasadnicza różnica, pomijana lub niedostrzeżona przez odwołującego Asseco.

Przedmiotem testów nie były i nie mogły być „oferowane" inteligentne półki - gdyż same półki nie są objęte przedmiotem zamówienia lecz tylko i wyłącznie rozwiązanie (dokładnie funkcjonalność polegająca na identyfikacji i lokalizacji teczek z dokumentami) - uprzednio wdrożone, niezależnie od tego przetargu. Siłą rzeczy „półki" takie nie musiały spełniać wszystkich wymagań postawionych dla „inteligencji" dla półek oferowanej w postępowaniu, mogły być bowiem wdrożone wiele lat wcześniej.

Zamawiający uwzględniając powyższe, z tych względów nie określił w siwz, że inteligentne półki i śluza RFID będą testowane na pełną zgodność z OPZ (taki test na zgodność miał obejmować tylko urządzenia złożone wraz z ofertą - co wynika z pkt. 3.1. Rozdział XII SIWZ), a tylko na wybrane, wskazane w opisie testów funkcjonalności będące typowymi funkcjonalnościami dla rozwiązań typu inteligentne półki i śluza RFID.

Rozdział XXI określa z kolei sposób przyznawania punktów i tak dla inteligentnych półek i śluzy Przystępujący Comarch podkreślił, iż oba testy miały bardzo restrykcyjny przebieg zgodnie z wymaganiami siwz: „Przeprowadzenie ww. testu nastąpi tylko raz, tj. nie ma możliwości powtórzenia testu, także wówczas gdy za pierwszym razem uzyskano ocenę negatywną.”

Ponadto przystępujący wskazał, że test Inteligentnych półek miał za zadanie sprawdzenie konkretnej funkcjonalności inteligentnych półek, bez względu na to jakie zastosowanie mają inteligentne półki wdrożone przez zamawiającego. Weryfikowana na teście funkcjonalność owych uprzednio wdrożonych półek polega na zbadaniu, czy system potrafi wskazać lokalizację teczek z dokumentami oznaczonej etykietą RFID z dokładnością do konkretnej półki. Rozmiary półek i materiał, z którego są wykonane naturalnie zawsze są inne i różnią się w zależności od rodzaju wdrożenia. Wymaga podkreślenia, iż nie istnieje żaden zapis siwz, który regulowałby obligatoryjne rozmiary półek uprzednio wdrożonych - co zresztą byłoby poza przedmiotem przetargu. Nie istnieje też żaden zapis siwz nakazujący, by uprzednie wdrożenie, uruchomione dla celów produkcyjnych, dotyczyło archiwów sądowych (gdyby taki był - zapis taki ograniczałby konkurencję).

Zamawiający w siwz dopuszczał - na potrzeby weryfikacji w/w funkcjonalności „inteligencji” półek przedstawienie dowolnego wdrożenia, byle byłoby wdrożone uprzednio i uruchomione do celów produkcyjnych.

Wykonawca Comarch przedstawił do testów rozwiązanie wdrożone dla innego zastosowania niż archiwizacja akt sądowych, realizujące jednakże wymaganą, typową dla tego typu rozwiązań funkcjonalność. Test przedmiotowej funkcjonalności w przypadku inteligentnych półek przedstawionych do testów przez Comarch Polska zakończył się wynikiem pozytywnym. Z tych względów szerokie rozpisywanie się przez odwołującego Asseco na temat wyglądu uprzednio wdrożonych półek („półeczki”, „pseudo półki”) nie ma żadnego znaczenia prawnego dla sprawy, gdyż siwz nie regulowała nakazanego wyglądu, wymiaru, koloru czy innych cech półek objętych innym wdrożeniem (uprzednio wdrożonych i uruchomionych dla celów produkcyjnych). Siwz nie regulowała zresztą żadnych cech półek - bowiem półki, jak wskazano wyżej, nie są objęte przedmiotem zamówienia.

Tym bardziej zatem z tego typu określeń, mających na celu chyba dezawuowanie przebiegu testu -pomimo jego pozytywnego przebiegu, co stwierdziła wieloosobowa komisja nic nie wynika: nie wynika niezgodność treści oferty z treścią siwz.

Przystępujący Comarch podobnie jak zamawiający wskazał na dualizm testowania próbek i innych cel testów w zależności czego testy dotyczyły.

Oczywistym dla przystępującego Comarch jest, że zarówno regały w różnych lokalizacjach sądów, jak i miejsca instalacji „śluz” będą podlegały indywidualnym ustaleniom w trakcie projektu i wystarczające jest badanie oferowanej inteligencji, która działa bez względu na rodzaj regału, rodzaj wózka, czy rodzaj transpondera. Każdorazowo system taki podlega kalibracji i optymalizacji do konkretnego otoczenia, co stanowi o jego ostatecznie wysokiej skuteczności w danym środowisku. Zatem skoro zamawiający wymagał testu rozwiązania uprzednio wdrożonego, liczył się z tym, że będzie ono zoptymalizowane do działania i zapewni skuteczne przejście restrykcyjnego testu (jednoprzebiegowe).

Przedmiotem oferty w zakresie testowanych „inteligentnych półek” oraz „śluzy” a w związku z tym i oceny oferty nie była ani etykieta, ani półka, ani regał - lecz funkcjonalność oferowanego systemu, a konkretnie zaszyty w nim algorytm identyfikacji i lokalizacji teczek dokumentów - co jest cechą systemu, a nie samej etykiety (urządzenia).

W ramach testów inteligentnych półek nie testowano zatem półek, lecz „inteligencję” do półek, czyli funkcjonalność odnajdywania oznaczonych dokumentów - co jest odpowiednikiem funkcjonalności Systemu wskazanej w Rozdziale V pkt 1.4

Zaprezentowane przez przystępującego rozwiązanie pozytywnie przeszło ten test.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy, to zarzut jest bezzasadny. Odwołujący wywodzi że czynem tym są działania Comarch Polska objęte innymi zarzutami, wskazanych w dwóch innych punktach odwołania. Zarzut ten nie stanowi zatem osobnej, niezależnej podstawy i jako taki nie został osobno uargumentowany ani udowodniony.

Tymczasem w świetle ustawy podniesiony zarzut stanowi odrębną, niezależną przesłankę odrzucenia oferty i wymaga odrębnego udowodnienia. Odwołujący Asseco nie powołał (ponownie) żadnych dowodów na udowodnienie stawianych twierdzeń - co skutkuje, z uwagi na ciężar dowodowy spoczywający na odwołującym - koniecznością oddalenia zarzutu.

Nadto nawet gdyby uznać, że zobowiązanie do udostępnienia zasobu jest niepełne, nie oznacza to czynu nieuczciwej konkurencji. Co więcej - zarzut ten jest nieprawidłowy pod względem prawnym. Nie jest bowiem prawidłowe łączenie i wywodzenie czynu nieuczciwej konkurencji z zarzutem niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż zanim nastąpi wykluczenie z tego powodu - ustawa nakazuje uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału (art. 26 ust. 3 ustawy), w tym zobowiązania. Zatem okoliczność taka nie może być uznana za popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż prowadziłoby to do absurdalnego wniosku, iż każdorazowo, gdy zamawiający - w wyniku oceny, że dany dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu - wzywa do uzupełnienia dokumentu (np. zobowiązania), lub - co

jeszcze bardziej absurdalne - gdy uzupełnienie nakaze Krajowa Izba Odwoławcza (na podobnych podstawach) - łamie ustawę. Skoro złożenie takiego niepotwierdzającego warunek dokumentu miałyby być czynem nieuczciwej konkurencji - to samo w sobie eliminowałaby możliwość zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy, który byłby wówczas przepisem martwym i niestosownym - co przecież nie ma miejsca.

W ocenie przystępującego Comarch nie zachodzi automatyzm w postaci nawet złożenia informacji nieprawdziwej a czynem nieuczciwej konkurencji.

Złożenie oferty przez przystępującego nie wypełnia dyspozycji powołanych w odwołaniu Asseco przepisów UoZNK (art. 3 ust. 2 i 10 ust. 1), czyn ten nie został też udowodniony. Odwołujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa załącznik nr 1 do pisma procesowego jak również załączone do pisma dowody wnosząco ich nieprzekazywanie stronom i uczestnikom postępowania poza zamawiający jako podstawę prawną wskazując § 23 Rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

W załączniku nr 1 do pisma przystępujący Comarch przedstawił dlaczego uważa, że wykazał realność udostępnienia zasobów oraz powołał na tę okoliczność dowody. Wskazał także dlaczego nie zgadza się z twierdzeniami odwołującego Asseco, że CA Consulting nie jest producentem urządzeń elektronicznych będących przedmiotem postępowania i przedłożył na tę okoliczność dowody, jego zdaniem ten fakt potwierdzające. Przedstawił także dowód na potwierdzenie tezy z części jawnej, że rozeznanie rynku producentów znaczników RFID przez odwołującego Asseco było niepełne. Przystępujący wyjaśnił także jakie wdrożenie było przedstawione zamawiającemu do testów, przez kogo wdrożone, z czym udziałem i w jakim celu, a także przedłożył na tę okoliczność dowody, w jego ocenie ten fakt potwierdzające.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz z dnia 4 sierpnia 2015r. oraz z dnia 18 sierpnia 2015r., oferty wykonawcy Comarch, oferty wykonawcy Asseco, reportów z testów z testów próbek realizowanych w komorze bezodbiowej, raportów z testów znaczników Asseco i Comarch, testów próbek realizowanych w archiwum sądowym, wezwania zamawiającego do Comarch z dnia 29 września 2015r. wraz z udzieloną przez wykonawcę odpowiedzią, pisma Konsorcjum Hadatap z dnia 8 października 2015r. do zamawiającego, odpowiedzi zamawiającego z dnia 9 października 2015r. korespondencji elektronicznej pomiędzy Konsorcjum Hadatap, a zamawiającym z okresu 9 października – 13 października 2015r., pisma Asseco do zamawiającego z dnia 13 października 2015r. , wyciągu z normy EN 302 208-1 ETSI v 1.3.1 Z rozdziału VI siwz - Informacja o podwykonawcach wynika, że co do możliwości podwykonawstwa zamówienia zamawiający przewidział następujące zasady:

1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

2. Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, oraz podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy.
3. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.
4. Wykonawca może powierzyć podwykonawcom wykonanie określonych prac jedynie w zakresie wskazanym w złożonej przez niego ofercie, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Wykonawca jest zobowiązany do realizacji przedmiotu umowy przy udziale podmiotów, na zasobach których wykonawca polegał – w trybie i na zasadzie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy - w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.
5. Zamawiający nie zastrzega obowiązku wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia.

W rozdziale XI pkt. 3 ppkt. 1 siwz - Informacja o warunkach udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający wymagał, aby :

wykonawca biorący udział w postępowaniu wykazał w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dostarczył i wdrożył:

- a) co najmniej jeden system kodowania, identyfikacji i kontroli ruchu (np. wydawanie, zwrot, przekraczanie stref) dla obiektów papierowych (np. dokumenty, książki) z wykorzystaniem technologii znakowania dokumentów etykietami, możliwymi do identyfikacji na odległość przez czytnik, w tym system odczytu umożliwia identyfikację wielu etykiet znajdujących się jednocześnie w polu odczytu (np. RFID UHF), obejmujący co najmniej 100 000 obiektów papierowych;
- b) co najmniej jeden system obejmujący zarządzanie dokumentami znakowanymi etykietami, możliwymi do identyfikacji na odległość przez czytnik, w tym system odczytu umożliwia identyfikację wielu etykiet znajdujących się jednocześnie w polu odczytu (np. RFID UHF), obejmujący co najmniej 100 000 obiektów papierowych;

- c) co najmniej jeden system w oparciu o technologię znakowania dokumentów etykietami, możliwymi do identyfikacji na odległość przez czytnik, w tym system odczytu umożliwiający identyfikację wielu etykiet znajdujących się jednocześnie w polu odczytu (np. RFID UHF), o wartości systemu większej niż 1 000 000 zł netto.

Zamawiający dopuścił, aby na potwierdzenie warunków opisanych w lit. a)-c) powyżej wykonawca wykazał się realizacją dostawy i wdrożenia jednego, tego samego systemu, o ile zrealizowane zamówienie potwierdza każdy z wymogów postawionych przez zamawiającego.

W rozdziale XII siwz - Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w pkt. 1 ppkt. 7 zamawiający żądał złożenia wypełnionego wykazu wykonanych usług - w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia - 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 usługi zostały wykonane oraz załącznikiem dowodów, czy zostały wykonane należycie – sporządzony zgodnie ze wzorem – wzór wykazu określony został w załączniku nr 5 do SIWZ.

Dowodami, o których mowa powyżej mogły być:

- poświadczenia;
- w przypadku zamówień na usługi – oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa wyżej.

Wykonawca nie miał obowiązku przedkładania dokumentów, o których mowa powyżej w przypadku gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie zostały wcześniej wykonane.

W razie konieczności, szczególnie gdy wykaz głównych usług lub dowody, o których mowa wyżej, wzbudzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający mógł zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Zgodnie z ppkt. 9 zamawiający wskazał, że wykonawca w myśl przepisu art. 26 ust. 2b ustawy może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonywania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie

dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zobowiązania podmiotów trzecich (forma i treść):

- a) do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich wybranym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem.
- b) wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien, w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy, przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że zasoby na które się powołuje zostaną mu udostępnione do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2 – 4 ustawy zasobami powinno obejmować wykazanie faktu udostępnienia wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, a także wykazanie, że podmiot udzielający zasobu wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne rzeczywiście nim dysponuje. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy oraz powinna zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia lub jego braku.
- c) wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien, w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będą wynikać poniższe aspekty:
 - zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
 - sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
 - charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
 - zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia

Zgodnie z ppkt. 19. Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca zobowiązany jest do złożenia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów podmiotowych.

W myśl ppkt 25 w przypadku wątpliwości co do treści dokumentu złożonego przez wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamawiający może zwrócić się do właściwych organów, odpowiednio, miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu

Zgodnie z pkt. 2 rozdziału XII siwz ofertę stanowi:

- Wypełniony formularz ofertowy – według wzoru załącznika nr 1 do SIWZ;
- Informacja o podwykonawcach – według wzoru załącznika nr 9 do siwz;
- Oświadczenia wymienione w rozdziale XII SIWZ;
- Inne dokumenty wymienione w rozdziale XII SIWZ;

Wykonawca wraz z ofertą musiał złożyć:

- a) 20 etykiet RFID;
- b) 1 urządzenie SKD;
- c) 1 urządzenie SWPD;
- d) 1 czytnik mobilny;

Dodatkowo Wykonawca mógł zgłosić do oceny:

- a) wykonane przez siebie inteligentne półki;
- b) wykonaną przez siebie „służę” RFID.

Informację w zakresie zgłoszenia do oceny inteligentnych półek lub „służę” RFID należało podać w Formularzu ofertowym.

Zgodnie z pkt. 3 rozdziału XII siwz - PROCEDURA I SPOSÓB OCENY PRÓBEK (złożonych zgodnie z pkt. 2.5 i 2.6 powyżej)

Zamawiający miał dokonać oceny próbek złożonych wraz ofertą na okoliczność zgodności złożonych próbek z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ocena próbek miała nastąpić poprzez przeprowadzenie testów, na które wskazano poniżej. Testy miały zostać przeprowadzone przez niezależny instytut badawczy specjalizujący się w technologii RFID w obecności zamawiającego. Testy miały być przeprowadzone w komorze bezodbiłkowej oraz w pomieszczeniach archiwów sądowych. W trakcie testów mogli być obecni umocowani przedstawiciele wykonawcy, który złożył ofertę, a którego próbki są przedmiotem danego testu/oceny. Wykonawca miał zostać poinformowany odrębnym pismem o miejscu i terminie przeprowadzenia testu. Kolejność przeprowadzania testów miała odbywać się według

kolejności złożenia ofert. Inteligentne półki oraz „śluza RFID” miały być dostarczone przez wykonawcę do miejsca testów wskazanego przez zamawiającego w ww. piśmie.

Z Tabeli 1 wiersza 6 wynika, że zamawiający zamierzał testować funkcję automatycznej zmiany impedancji w celu optymalnego dostosowania parametrów radiowych etykiety do podłoża – która miała być oceniana w ramach kryteriów oceny ofert określonych w rozdziale XXI SIWZ na zasadach określonych w tym rozdziale przez przyznanie zera lub 10 punktów

Z Tabeli 6 wiersza 2 wynikało, że zamawiający zamierzał testować ppkt. 1 - trzy sztuki akt zakodowanych w trakcie wcześniejszych testów zostaną umieszczone losowo między innymi aktami w archiwum sądowym. Na przestrzeni do 200 m.kw. ppkt. 2 - Do wyszukiwania na czytniku mobilnym należy wskazać Nr pozycji rejestru KRS oraz tom. Test zostanie zakończony pozytywnie w przypadku odnalezienia wszystkich trzech teczek w maksymalnym czasie 20 minut. W tym przypadku wynikiem testu było - Tak/Nie W przypadku niespełnienia któregokolwiek z warunków 1-2 odstępuje się od dalszych testów, a wynik ogólnej oceny próbek jest negatywny.

Według opisu pod tabelami :Wykonawca może zgłosić dodatkowo do testów wykonane przez siebie inteligentne półki i stanowisko kompletacji („śluza” RFID) – elementy te będą podlegały ocenie w ramach kryteriów oceny ofert określonych w rozdziale XXI SIWZ na zasadach opisanych w tym rozdziale.

Możliwe oceny próbek:

NEGATYWNA – w przypadku oceny negatywnej (NIE) któregokolwiek z testów obligatoryjnych.

POZYTYWNA wraz z wskazaniem ilości punktów zdobytych w ramach kryteriów oceny ofert – w przypadku oceny pozytywnej (TAK) wszystkich testów obligatoryjnych.

Oferty zawierające ocenę NEGATYWNĄ zostaną odrzucone.

W rozdziale XVII. Zamawiający zawarł następujący opis sposobu przygotowania ofert:

1. Każdy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Złożenie większej liczby ofert lub oferty zawierającej propozycje wariantowe lub alternatywne spowoduje odrzucenie wszystkich ofert złożonych przez danego Wykonawcę

24. Jeżeli oferta zawiera informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wykonawca jest zobowiązany oznaczyć dokumenty zawierające takie informacje, umieszczając je w oddzielnej kopercie z napisem „zastrzeżone”. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Wykonawca zobowiązany jest do wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W rozdziale XXI siwz zamawiający zawarł opis kryteriów oceny ofert:

Gdzie w pkt 2 wskazał, że w kryterium technologia zostaną zastosowane następujące metody punktacji:

- 1) Za wykorzystanie etykiety RFID z funkcją automatycznego dopasowania impedancji układu do warunków podłoża etykiety w celu optymalizacji odczytów - 10 pkt;
Za wykorzystanie etykiety RFID bez funkcji automatycznego dopasowania impedancji układu do warunków podłoża etykiety w celu optymalizacji odczytów Wykonawca otrzyma 0 pkt.
- 2) Za czułość czytnika mobilnego i etykiety określone w ramach badań w komorze bez odbiciowej. Odczyt etykiety z 4 metrów pod kątem 3 stopni, +/- 0,5 stopnia.
 - a) RSSI lepsze niż -55 dBm - 1 pkt
 - b) RSSI lepsze niż -50 dBm - 5 pkt
 - c) RSSI lepsze niż -45 dBm - 10 pkt

W przypadku wartości -55dBm lub mniejszej Wykonawca otrzyma 0 pkt.

Wzorcowa teczka akt (okładka sądowa plus 200 kartek A4) zostanie oznaczona jedną z etykiet RFID dostarczonych przez Wykonawcę wraz z ofertą, następnie zostanie umieszczona etykietą do podłoża na obrotowym stole pomiarowym. Podłoże stanowić będzie ryza papieru A4 położona na stole obojętnym radiowo.

Czytnik mobilny z uruchomionym programem odczytu EPC lub sygnatury etykiety zostanie umieszczony nieruchomo tak, aby odległość od osi obrotu do anteny czytnika wynosiła 4 metry. Antena czytnika zostanie umieszczona 21 centymetrów powyżej płaszczyzny etykiety (antena „patrzy” na etykietę z boku pod kątem 3 stopni, +/- 0,5 stopnia).

Teczka z etykietą zostanie wprowadzona w ruch obrotowy (0,5 obrotu na minutę, +/- 10%).

W układzie pomiarowym oraz zgodnie z metodyką jak wyżej, czytnik powinien wykonać 5 pomiarów maksymalnej wartości RSSI. Na podstawie pomiarów zostanie obliczona wartość średnia matematyczna, która zostanie poddana ocenie.

- 3) Przedstawienie do testu wdrożonych przez wykonawcę inteligentnych póltek.

Test inteligentnych póltek obejmuje kontrolę 5 losowo wybranych teczek dokumentów w zakresie zgodności ich lokalizacji fizycznej z lokalizacją wskazywaną przez system. W przypadku oceny pozytywnej dla ww. 5 losowo wybranych teczek w środowisku ponad 30 póltek – 5 pkt, ponad 100 póltek – 10 pkt.

Wykonawca otrzyma 0 pkt w przypadku, gdy

- i) nie zgłosi zamawiającemu do oceny inteligentnych póltek
- ii) albo zgłosi zamawiającemu do oceny system inteligentnych póltek składający się z mniej niż 30 póltek (wówczas zamawiający nie przystąpi do testu)
- iii) albo w przypadku negatywnej oceny zgodności fizycznej lokalizacji 5 losowo wybranych teczek z lokalizacją wskazywaną przez system. Negatywna ocena zgodności fizycznej lokalizacji 5 losowo wybranych teczek z lokalizacją wskazywaną przez system dotyczy przypadku, gdy zgodność fizycznej lokalizacji z lokalizacją wskazaną przez system nastąpi w odniesieniu do mniej niż 5 losowo

wcześniej wybranych teczek. Przeprowadzenie ww. testu oceny jest możliwe tylko raz, tj. po pierwszym przeprowadzeniu oceny zgodności fizycznej lokalizacji 5 losowo wybranych teczek z lokalizacją wskazywaną przez system nie ma możliwości jego powtórzenia, także wówczas gdy za pierwszym razem uzyskano ocenę negatywną.

4) Przedstawienie do testu wdrożonego urządzenia "śluza RFID".

Test stanowiska kompletacji miał obejmować 3-krotne sprawdzenie kompletności zamówień obejmujących co najmniej 50 teczek złożonych w koszu/wózku do przewozu dokumentów. W przypadku oceny pozytywnej – 20 pkt.

Wykonawca miał otrzymać 0 pkt w przypadku, gdy

- i) nie zgłosi do testu wdrożonego urządzenia „śluza RFID”
- ii) albo w przypadku uzyskania w wyniku przeprowadzonego testu oceny negatywnej. Ocena negatywna następuje wówczas, gdy chociaż jedno sprawdzenie (z trzech sprawdzeń) kompletności zamówień obejmujących co najmniej 50 teczek złożonych w koszu/wózku do przewozu dokumentów zakończy się niepowodzeniem. Przeprowadzenie ww. testu nastąpi tylko raz, tj. nie ma możliwości powtórzenia testu, także wówczas gdy za pierwszym razem uzyskano ocenę negatywną.

Za najkorzystniejszą miała zostać uznana oferta, która otrzyma największą ilość punktów w ramach dwóch ww. kryteriów.

Załącznik nr 5 do siwz – wykaz wykonanych zamówień - Dane, które można było uzupełnić to:

Określenie/nazwa zamówienia, a także technologii z wykorzystaniem której zrealizowano zamówienie lub liczby i typu obiektów papierowych, które obejmował system, oraz

Data wykonania (rozpoczęcia dd/mm/rrrr – zakończenia dd/mm/rrrr),

Nazwa odbiorcy / zamawiającego,

Nr dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi,

a dla Rozdział XI pkt 3 ppkt 1) lit. c także wartość zamówienia

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy na str. 14 OPZ Inteligentną półką jest (zestaw urządzeń obejmujący co najmniej: czytnik/programator, zestaw anten i okablowanie) pozwalający, w połączeniu z systemem zarządzania aktami, na automatyczną inwentaryzację zawartości poszczególnych półek w stosowanych w poszczególnych jednostkach regałach archiwalnych.

Na str. 30 OPZ pkt 4 Dostawa sprzętu zamawiający opisał następujące wymagania:

- a. Zamawiający wymaga dostarczenia sprzętu określonego w Liście Dystrybucyjnej (Załączniku nr 2 do Umowy).

- b. Sprzęt zostanie dostarczony do siedziby poszczególnych Użytkowników Końcowych.
- c. Wykonawca w terminie nie krótszym niż siedem dni roboczych przed wykonaniem dostawy do pierwszej z jednostek wymienionych w Liście Dystrybucyjnej (Załącznik nr 2 do Umowy) zobowiązany jest do dostarczenia po 1 sztuce urządzeń: SKD, SWPD, Czytnik Mobilny, opis planowanego rozwiązania technicznego w zakresie "Śluz RFID" i "Inteligentnych Półek" oraz 50 szt. transponderów RFID. Dostarczone próbki będą podlegały ocenie pod kątem zgodności z wymaganiami technicznymi, funkcjonalnymi oraz niefunkcjonalnymi określonymi w niniejszej dokumentacji. Zamawiający dokona oceny zgodności w terminie 14 dni. W przypadku braku zgodności urządzeń z niniejszą dokumentacją Zamawiający określi uchybienia i wyznaczy 14 dniowy termin ich usunięcia. Brak usunięcia braków może być przyczyną odstąpienia od Umowy z winy Wykonawcy. Zamawiający może odstąpić od Umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia informacji o zaistnieniu przyczyny uzasadniającej skorzystanie z prawa odstąpienia. Akceptacja urządzeń przez Zamawiającego jest równoznaczna, ze zgodą na dokonanie dostawy urządzeń zgodnie z Listą Dystrybucyjną. Dostawa powinna być dokonana w terminie 30 dni od daty akceptacji, jednak nie później niż do dnia 20 marca 2016 r.

W pkt. 4.1. zamawiający wskazał minimalne wymagania techniczne oraz pełne funkcjonalne dla urządzeń, w tym minimalne wymagania dla stanowiska kodowania SKD: tj. w pkt. od 4.1.3.2. do 4.1.8.2

Minimalne wymagania techniczne

- a. Standard radiowy: RFID UHF ETSI 302-208
- b. Częstotliwość: 865,6 – 867,6 MHz
- c. Standard protokołu: ISO 18000-6C
- d. Maksymalna moc radiowa używana przy kodowaniu (ERP): nie większa niż 25 dBm
- e. Interfejs: Ethernet RJ45 lub USB
- f. Zasilanie: POE IEEE 802.3af lub USB
- g. wymiary minimalne: 250 x 250 x 50 mm
- h. wymiary maksymalne: 330 x 330 x 120 mm
- i. obudowa: 5 ścian z izolacją promieniowania radiowego w paśmie 800-900 MHz. Zastosowana izolacja musi zapewniać brak odczytu etykiet RFID z dołu i boków

stanowiska kodowania. Górna powierzchnia, bez izolacji, przeznaczona jest na położenie teczek z dokumentami w celu kodowania.

- j. antena: o specjalnie dobranej charakterystyce gwarantującej stabilny zapis/odczyt etykiet RFID w kodowanych teczkach dokumentów i nie odczytująca etykiet RFID w odległości powyżej 40 cm od punktów obrysu SKD.

4.1.4 Minimalne wymagania dla stanowiska stołowego wydawania / przyjmowania dokumentów (SWPD)

4.1.4.1 Wymagania funkcjonalne

SWPD powinno być wykonane w taki sposób, aby mogło pomieścić do 15-20 tomów akt. Jednocześnie wymagane jest zapewnienie jednoczesnego odczytu wszystkich etykiet RFID skanowanych dokumentów. Urządzenie powinno być zintegrowane z systemem zarządzania aktami i wspierać następujące procesy:

- a. Przygotowanie spisów zdawczo-odbiorczych
- b. Obsługa i kompletacja zamówień
- c. Obsługa zwrotów akt

Urządzenie musi być wyposażone w wyświetlacz informujący o statusie urządzenia, ilości odczytanych dokumentów i pozwalający na dostęp do ustawień urządzenia (ilość odczytów, częstotliwości, parametrów anteny). Dostęp do ustawień urządzenie musi być również dostępny zdalnie przez program kontrolny i moduły systemu archiwum.

4.1.4.2 Minimalne wymagania techniczne

- a. standard radiowy: RFID UHF ETSI 302-208
- b. częstotliwość: 865,6 – 867,6 MHz
- c. standard protokołu: ISO 18000-6C
- d. maksymalna moc radiowa w trakcie odczytu (ERP): nie większa niż 33 dBm
- e. skuteczny odczyt pakietu: minimum 15 teczek, łączna grubość do 20 cm
- f. ekran dotykowy LCD: przekątna minimalna 3,5 cala
- g. interfejs: Ethernet RJ45
- h. zasilanie: POE IEEE 802.3af
- i. wymiary minimalne: 500 x 250 x 250 mm
- j. wymiary maksymalne: 600 x 350 x 350 mm

- k. obudowa musi posiadać izolację radiową w paśmie 800 – 900 MHz redukującą odczyt etykiet RFID poza obszarem roboczym.

4.1.5. Minimalne wymagania dla czytnika mobilnego

4.1.5.1. Wymagania funkcjonalne

Czytnik powinien zapewniać odczyt etykiet RFID umieszczonych w teczkach dokumentów z odpowiednio dużej odległości umożliwiając efektywne odszukanie wskazanych dokumentów. W celu sprawnej obsługi czytnika przy wprowadzaniu sygnatur i innych danych alfanumerycznych czytnik powinien posiadać fizyczną klawiaturę QWERTY.

Czytnik powinien być wyposażony w oprogramowanie, będące integralną częścią składową systemu zarządzania aktami, umożliwiające:

- a. Poszukiwanie teczki
 - 1. Wymagane wprowadzenie sygnatury akt (poszukiwanie wszystkich tomów sprawy) lub sygnatury akt i numeru tomu (wyszukiwanie pojedynczej teczki), możliwość poszukiwania sygnatury poprzez wskazanie opisu teczki lub referenta. Czytnik powinien współdziałać z systemem archiwalnym on-line lub off-line;
 - 1. Poszukiwanie powinno odbywać się za pomocą sygnału dźwiękowego (sygnał modulowany w zależności od odległości od akt) oraz graficznego wskaźnika odległości od poszukiwanej teczki/teczek.
 - 1. Wyszukiwanie powinno być możliwe na zapelnionych półkach archiwalnych (tj. wśród otoczenia minimum 80 teczek ułożonych na metrowej metalowej półce, otoczonej z każdej strony również przez zapelnione półki, metalowe regały)
- b. Inwentaryzacja – możliwość odczytu wszystkich teczek znajdujących się w zasięgu czytnika (max. 1000 pozycji) z możliwością filtrowania wyników. W wynikach powinny być wyświetlone następujące informacje: Sygnatura akt, numer tomu, opis teczki, opcjonalnie referent
- c. Wspomaganie dla procesu obsługi magazynu poprzez realizację inwentaryzacji połączonej ze wskazaniem miejsca położenia (regał, nr półki) we współpracy z systemem zarządzania aktami.

4.1.5.2. Minimalne wymagania techniczne

- a. standard radiowy: RFID UHF ETSI 302-208
- b. częstotliwość: 865,6 – 867,6 MHz
- c. standard protokołu: ISO 18000-6C
- d. maksymalna moc radiowa (ERP): co najmniej 30 dBm

- e. funkcje czytnika RFID: odczyt parametru RSSI
- f. polaryzacja anteny: dowolna
- g. zasięg odczytu dla oferowanych etykiet RFID wklejonych do teczki z aktami: powyżej 4 metrów (pomiar w komorze bez odbiciowej, odczyt w płaszczyźnie etykiety)
- h. klawiatura: QWERTY + klawisze numeryczne, minimum 50 klawiszy
- i. uchwyt: pistoletowy ze spustem
- j. ekran dotykowy LCD: przekątna minimalna 3,5 cala
- k. system operacyjny Windows CE, Windows Mobile (lub równoważny)
- l. interfejsy komunikacyjne: WiFi IEEE 802.11, USB
- m. rozszerzenie pamięci: karty SD
- n. klasa szczelności: IP65
- o. odporność na upadek: ze 120 cm na 6 stron,
- p. waga: do 1200g

4.1.6. Minimalne wymagania dla skanera wózków z aktami (tzw. śluza RFID) - stanowiska kompletacji

4.1.6.1. Wymagania funkcjonalne

Skaner powinien być wykonany w taki sposób, aby umożliwiał odczyt wielu akt zgromadzonych w dużym (do 160 litrów pojemności) wózku. Odczyt etykiet RFID z teczek dokumentów powinien być skuteczny niezależnie od sposobu ułożenia akt w wózku.

Instalacja skanera może wymagać wykonania dodatkowej instalacji elementów izolujących fale elektromagnetyczne w paśmie 800 – 900 MHz w celu separacji skanera od obszarów składowania akt. Wykonawca jest zobowiązany do wykonania niezbędnej izolacji w ramach oferowanej kwoty przetargowej.

Skaner musi posiadać oprogramowanie zapewniające:

- a. kontrolę zgodności zawartości wózka z wybranym zamówieniem
- b. wskazanie akt zbędnych (błędnie pobranych z półek)
- c. wskazanie akt brakujących
- d. inwentaryzację zawartości wózka
- e. wyszukanie czy wózek zawiera wskazane akta

- f. kontrolę układów RFID w skanerze (regulacja mocy i innych parametrów odczytu zdefiniowanych w protokole EPC Class 1 Gen 2).

4.1.6.2. Minimalne wymagania techniczne

- a. standard radiowy: RFID UHF ETSI 302-208
- b. częstotliwość: 865,6 – 867,6 MHz
- c. standard protokołu: ISO 18000-6C
- d. moc radiowa (ERP): regulowana w zakresie do 33 dBm

4.1.6.3. Parametry techniczne zalecane (nie obligatoryjne)

- a. rodzaj anten: bistatyczne
- b. ilość anten nadawczych: minimum 4
- c. możliwość dołączenia opcjonalnie dodatkowych anten nadawczych: minimum 256
- d. ilość anten odbiorczych: minimum 4
- e. szybkość odczytu: minimum 1100 znaczników/sek
- f. odległość anten odbiorczych od skanowanych teczek powyżej 10 metrów
- g. minimalna czułość skanera: -128 dB

4.1.7. Minimalne wymagania dla inteligentnego regału

4.1.7.1. Wymagania funkcjonalne

Inteligentny regał ma zapewniać możliwość automatycznego odczytu sygnatur akt ułożonych na półkach i w powiązaniu ze specjalistycznym oprogramowaniem umożliwiać :

- a. inwentaryzację akt na wybranych półkach
- b. inwentaryzację wszystkich akt złożonych na inteligentnym regale
- c. rejestrację odłożenia akt na półkę
- d. rejestrację pobrania akt z półki
- e. określenie lokalizacji wskazanych akt na regale
- f. dokładność lokalizacji - półka

4.1.7.2. Minimalne wymagania techniczne

- a. standard radiowy: RFID UHF ETSI 302-208
- b. częstotliwość: 865,6 – 867,6 MHz

- c. standard protokołu: ISO 18000-6C
- d. moc radiowa (ERP): nie większa niż 33 dBm
- e. interfejs: Ethernet RJ45
- f. zasilanie: 230 VAC

4.1.8. Minimalne wymagania dla transponderów RFID

4.1.8.1. Wymagania funkcjonalne

Etykiety mają służyć do znakowania teczek akt. Będą naklejane na tylnej okładce teczki. Etykiety powinny być samoprzylepne, z klejem dostosowanym do stałego związania z podkładem papierowym. Etykiety w warstwie zewnętrznej pokryte białym papierem. Antena etykiety powinna zapewniać optymalny odczyt wielu etykiet znajdujących się blisko siebie i jednocześnie umożliwiać odszukanie etykiety (odczyt jej EPC) z możliwie jak największej odległości w celu usprawnienia procesu wyszukiwania. Zalecana długa i wąska antena.

4.1.8.2. Minimalne wymagania techniczne

- a. standard radiowy: RFID UHF ETSI 302-208
- b. częstotliwość: 865,6 – 867,6 MHz
- c. standard protokołu: ISO 18000-6C
- d. pamięć EPC: min 96 bitów
- e. numer TID: 48 bitów
- f. minimalne wymiary anteny: 3 x 110 mm
- g. maksymalne wymiary anteny: 6 x 160 mm
- h. maksymalne wymiary etykiety: 20 x 180 mm

Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2015r. udzielił następujących wyjaśnień treści siwz:

W odpowiedzi na pytanie nr 1 o treści „Zamawiający określa w SIWZ przedmiot zamówienia w sposób następujący:

Przedmiot zamówienia:

1, Przedmiot zamówienia w szczególności obejmuje:

- 1) dostawą licencji dla Użytkowników Końcowych na System zarządzania aktami z wykorzystaniem technologii RFID w sądach powszechnych zgodnie z Listą Dystrybucyjną (Załącznik nr 2 do Umowy), a także ich instalacją i konfigurację;
- 2) instalację i konfigurację oraz wdrożenie Systemu zarządzania aktami z wykorzystaniem technologi RFID w sądach powszechnych zgodnie z Listą Dystrybucyjną

(Załącznik nr 2 do Umowy), czego finalnym efektem będzie wdrożenie i produkcyjne uruchomienie Systemu RFID;

3) szkolenie użytkowników i administratorów Systemu RFID u Użytkowników Końcowych zgodnie z Listą Dystrybucyjną (Załącznik nr 2 do Umowy) oraz przygotowanie materiałów dla szkoleń e-learningowych;

4) dostarczenie wymaganych komponentów sprzętowych Systemu RFID, do Użytkowników Końcowych zgodnie z Listą Dystrybucyjną (Załącznik nr 2 do Umowy);

5) udzielenie gwarancji na dostarczone produkty, w tym na prawidłowe działanie Systemu zarządzania aktami z wykorzystaniem technologii RFID we wszystkich lokalizacjach, w których zostanie wdrożony, na okresy wskazane w Załączniku nr I do Umowy - Opis przedmiotu zamówienia, liczone od dnia podpisania bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Końcowego realizacji Umowy;

6) zapewnienie usługi wsparcia oraz utrzymania Systemu RFID przez okres 33 (trzydzieści trzy) miesięcy liczonych od dnia podpisania bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Końcowego realizacji Umowy, a- także modyfikacje Systemu RFID, zwane dalej Modyfikacjami, w łącznym wymiarze 3000 (trzy tysiące) roboczogodzin do fakultatywnego wykorzystania przez Zamawiającego;

7) opracowanie, dostarczenie i dystrybucja materiałów promocyjnych zgodnie z wytycznymi Norweskiego Mechanizmu Finansowego, w tym oznakowanie dostarczanych komponentów sprzętowych;

8) organizacja dwóch konferencji, inicjującej oraz podsumowującej/promującej Projekt. Jednocześnie w załączniku nr 2 „Lista Dystrybucyjna” do umowy wskazuje ilość akt do oznakowania w ilości i 552 092 szt. oraz w załączniku nr 3 do umowy - „harmonogram etapów zadania” w U etapie wdrożenia definiuje zakres prac jako:

W ramach Etapu II Wykonawca jest zobowiązany w szczególności do:

- a) Dostawy sprzętu. Dostawy sprzętu dotyczy: SKD, SWPD, CM, Transponderów RFID,
- b) Instalacji i konfiguracji Systemu. Instalacja i konfiguracja Systemu RFID wraz z dostarczonymi urządzeniami SKD, SWPD, CM - instalacja i konfiguracja powinna być realizowana w kolejności zaplanowanej do znakowania. W pierwszej kolejności powinna być uruchomiona funkcjonalność znakowania dokumentów,
- c) Znakowania, Start znakowania od największych jednostek w grupach po 5 jednostek. Start kolejnej grupy co 20 do 30 dni.
- d) Dostawy, instalacji i konfiguracji szluz RFID i Inteligentnych półek. Instalacja powinna się odbywać na w pełni skonfigurowanym systemie zarządzania aktami.
- e) Szkolenia pracowników Użytkowników Końcowych.

W związku z powyżej wskazanymi rozbieżnościami w zakresie znakowania akt prosimy, aby Zamawiający jednoznacznie określił czy w ramach przedmiotu zamówienia wymaga od

Wykonawców znakowania akt.”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający wymaga od Wykonawców znakowania akt. Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że zobowiązania Wykonawcy kształtuje treść całej dokumentacji Postępowania -dokumentację tę należy czytać „łącznie”. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy ~ Lista Dystrybucyjna oraz załącznikiem nr 3 do umowy - Harmonogramem Etapów znakowanie akt stanowi element przedmiotu zamówienia.”

Na pytanie nr 2 o treści „W ramach oceny wykonawców Zamawiający przewiduje w treści SIWZ możliwość zgłoszenia do oceny inteligentnych półek oraz „śluzy RFID”. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż inteligentne półki oraz „śluzę RFID” mają być dostarczone przez Wykonawcę do miejsca testów wskazanego przez Zamawiającego. Wyżej wymienione komponenty są urządzeniami złożonymi, wymagającymi specjalnej kalibracji, są też urządzeniami dużych rozmiarów. Przygotowanie wymaganej przez Zamawiającego instalacji złożonej ze 100 półek tylko i wyłącznie dla celów niniejszego postępowania jest złożonym przedsięwzięciem logistycznym i niesie ze sobą duże koszty w zakresie dostawy, montażu, uruchomienia i kalibracji. Dla uruchomienia takiej instalacji wymagany jest czas ok. 1 miesiąca. W związku z powyższym zwracamy się z zapytaniem czy Zamawiający dopuszcza wskazanie przez Wykonawcę miejsca instalacji ww. urządzeń celem przeprowadzenia testów, przy założeniu, iż Wykonawca zapewni Komisji transport do miejsca testów.”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający przewidział w siwz możliwość zgłoszenia do oceny wdrożonych inteligentnych półek oraz wdrożonej śluzy RFID, czyli uruchomionych dla celów produkcyjnych (a nie przygotowanych jedynie na potrzeby oceny ofert w ramach mniejszego Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Zamawiający w przedmiotowym zakresie podtrzymuje dotychczasową treść SIWZ.”

Na pytanie nr 4 o treści „Czy w związku z zapisem SIWZ w rozdziale XI punkt 3 c) Zamawiający uzna za spełniony określony tam warunek w przypadku przedstawienia przez Wykonawcę referencji polegającej na dostawie i wdrożeniu systemu wykorzystującego znakowanie obiektów z zastosowaniem technologii identyfikacji radiowej tożsamej z technologią znakowania dokumentów, z możliwością ich identyfikacji na odległość przez czytnik, w tym z systemem odczytu umożliwiającym identyfikację wielu etykiet znajdujących się jednocześnie w polu odczytu (np. RFID UHF), o wartości systemu większej niż 1 000 000 zł netto.”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający informuje, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu nastąpi na etapie badania i oceny ofert, zgodnie z zasadami określonymi w siwz.”.

Na pytanie nr 28 o treści „Dotyczy Załącznik nr 8 do SIWZ, Wzór umowy, par. 13 Gwarancja i rękojmia na System Czy przez komponenty sprzętowe systemu RFID Zamawiający rozumie również serwery bazodanowe i stacje robocze? Pragniemy zauważyć, że w tabelach z wymaganiami minimalnymi dla serwerów bazodanowych i stacji roboczych wymagana

gwarancja to reakcja do następnego dnia roboczego.”, zamawiający odpowiedział „Przez komponenty sprzętowe systemu RFID Zamawiający rozumie również serwery bazodanowe i stacje robocze.

W dniu 13 sierpnia 2015r. zamawiający doprecyzował sposób oceny próbek i wskazał, że w rozdziale XII pkt 3 siwz określił procedurę i sposób oceny próbek składanych przez Wykonawców zgodnie z pkt 2 ppkt 2.5 oraz ppkt 2.6 ww. rozdziału siwz. Stosownie do brzmienia pkt 2 ppkt 2.6 siwz Wykonawca może zgłosić do oceny wykonane przez siebie inteligentne półki lub wykonaną przez siebie „służę” RFID, Inteligentne półki oraz „służa” RFID mają być dostarczone przez Wykonawcę do miejsca testów wskazanego przez Zamawiającego w piśmie informującym o miejscu i terminie przeprowadzenia testów (rozdział XII pkt 3 ppkt 3.5 siwz). Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia siwz, należy podkreślić, że nie wykluczają, one możliwości przeprowadzenia testów w miejscu udostępnionym tudzież zorganizowanym przez Wykonawcę. Zamawiający zatem wyjaśnia, iż miejscem testów wskazanym przez Zamawiającego może być zarówno miejsce instalacji/funkcjonowania elementów (tj. inteligentnych półek lub „służa” RFID) zgłaszanych przez Wykonawcę do oceny, jak również inne miejsce wyznaczone przez Zamawiającego, co precyzyjnie zostanie określone w piśmie informującym o miejscu i terminie przeprowadzenia testów, a zależne będzie od deklaracji Wykonawcy złożonej w Formularzu Ofertowym. Wykonawca obowiązany jest więc do wskazania w Formularzu ofertowym, czy zgłasza do oceny ww. elementy, a jeśli takie zgłoszenie następuje - winien podać, które to będą elementy oraz określić miejsce ich instalacji / funkcjonowania, a także jednoznacznie zadeklarować, czy zabezpieczy (zorganizuje/zapewni udostępnienie) możliwość przeprowadzenia testów na funkcjonujących elementach (np. we własnych pomieszczeniach, siedzibie innego zamawiającego itp.), czy też oczekuje udostępnienia miejsca przez Zamawiającego w celu dokonania stosownych instalacji / przygotowania elementów. Zamawiający w piśmie (o którym mowa w rozdziale XII pkt 3 ppkt 3.4 siwz) poinformuje Wykonawcę o terminie i miejscu przeprowadzenia stosownych testów, tj. wskaże, czy inteligentny regał oraz „służa” RFID zostaną poddane testom opisanym w rozdziale XXI pkt 2 ppkt 3 i ppkt 4 siwz w miejscu ich instalacji / funkcjonowania, czy też w innym miejscu określonym przez Zamawiającego w ww. piśmie, zgodnie z deklaracją Wykonawcy przedstawioną w Formularzu ofertowym, z zastrzeżeniem poniższego. Zamawiający zastrzega jednocześnie, iż całkowity czas poświęcony na dokonanie procesu przeprowadzenia testów, o których mowa rozdziale XXI pkt 2 ppkt 3 i ppkt 4, nie może przekroczyć (dla dwóch ww. testów łącznie) 1 (jednego) dnia roboczego (zdefiniowanego we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 8 do siwz), z uwzględnieniem czasu niezbędnego na dojazd przedstawicieli Zamawiającego uczestniczących w testach do miejsca testów i powrót przedstawicieli Zamawiającego uczestniczących w testach do miasta będącego

siedzibą Zamawiającego oraz z zastrzeżeniem, że czynności odnoszące się stricte do testowania elementów nie przekroczą 4 godz. (1 godz.=60 min.). Organizacja transportu (w tym jego koszt) ww. osób do miejsca zadeklarowanego przez Wykonawcę i z powrotem należy do obowiązku Wykonawcy, a Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów organizacji tego transportu, przeprowadzenia testów w miejscu wskazanym przez Wykonawcę itp. W piśmie informującym o miejscu i terminie przeprowadzenia testów dla testów opisanych rozdziale XXI pkt 2 ppkt 3 i ppkt 4 siwz Zamawiający poda każdorazowo dwa możliwe terminy przeprowadzenia tych testów - termin przeprowadzenia testu (jeden raz) będzie zgodny z uznaniem Wykonawcy. Nieprzeprowadzenie testów w wyznaczonym terminie, w szczególności z powodu:

- braku organizacji transportu przez Wykonawcę lub kłopotu w transporcie - przedstawicieli Zamawiającego uczestniczących w testach do miejsca testów i powrót przedstawicieli Zamawiającego uczestniczących w testach do miasta będącego siedzibą Zamawiającego,
- braku dostępności do miejsca zadeklarowanego przez Wykonawcę, choćby nie było to wynikiem działań lub zaniechań Wykonawcy lub było całkowicie od niego niezależne,
- niestawienia się Wykonawcy na miejsce i w czasie wskazanym przez Zamawiającego w celu przeprowadzenia testów,

będzie uznane za zaniechanie przez Wykonawcę przystąpienia do testów, a w konsekwencji będzie skutkowało nieprzyznaniem ofercie punktów w przedmiotowym zakresie.

Zamawiający wyraźnie podkreśla, że możliwość przeprowadzenia testów jest jednokrotna i nie podlega zwielokrotnieniu (powtórzeniu).

Z oferty Comarch wynika, że na str. 8 tej oferty wykonawca zaoferował czytnik mobilny Convergence Systems Limited CS101 oraz transpondery RFID produkcji CA Consulting Comarch TR 784-01, w pkt. 9 formularza ofertowego wykonawca oświadczył, że wykona zamówienie siłami własnymi, bez udziału podwykonawców.

Ze str. 3 oferty Comarch wynika, że w części niejawniej oferty znajdują się :

- zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wykazaniem, iż zastrzeżone tajemnice stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – i jest to str. 43 – 51 w tym str. 45 dotyczy zobowiązania do udostępnienia niezbędnych zasobów, str. 46 – wykazu wykonanych usług i potwierdzających je dokumentów, str. 47- wykazu osób, str. 49 – 51 elementów służących do przeprowadzenia próbki,
- zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów wraz z KRS – jest to str. 53-61
- wykaz wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie – jest to 63-66 i 68,
- wykaz osób – to jest str. 70.

- informacja z banku,
- wykaz elementów służących do przeprowadzania próbek dostarczonych wraz z ofertą.

Z oferty Asseco wynika, że na str. 6-7 tej oferty wykonawca zaoferował czytnik mobilny Convergence Systems Limited CS101 oraz transpondery RFID produkcji Junmp Technology INC. LTD – JUNMP 1837

Według str. 2 tej oferty w części niejawnej znajdują się :

- informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym str. 58 - 59 dotyczy wykazu wykonanych usług i potwierdzających je dokumentów, str. 59-60- wykazu osób, str. 60-61 zobowiązania do udostępnienia zasobów
- informacje o podwykonawcach – to jest na str. 63,
- wykaz wykonanych usług – to jest na str. 65-74 przy czym tylko poz. I.1 dotyczy wykonania na rzecz podmiotu prywatnego, pozostałe pozycje dotyczą podmiotów publicznych, są to zasoby udostępnione, przy poz. III.1. nie wskazano konkretnej wartości usługi
- wykaz osób i jest to str. 79 i dotyczy zasobów własnych i udostępnionych
- zobowiązanie podmiotów do udostępnienia zasobów – i jest to str. 81-82.

Z porównania raportów z testów próbek realizowanych w komorze bezodbiłkowej obu odwołujących i wykonawcy Comarch wynika, że daną różnicującą te wyniki jest informacja zawarta w pkt. 2 co do średniej wartości RSSI, z porównania raportów z testów z testów znaczników obu odwołujących i wykonawcy Comarch wynika, że daną różnicującą te wyniki jest informacja o wymiarach anteny i etykiety, z porównania raportów z testów próbek realizowanych w archiwum sądowym obu odwołujących i wykonawcy Comarch wynika, że wynik był oznaczany jedynie znakiem „check”.

W wezwaniu zamawiającego do Comarch z dnia 29 września 2015r. do złożenia wyjaśnień na str. 2 pkt 2 i pkt 3 akapit 2 w znajdują się informacje wynikające z objętego tajemnicą przedsiębiorstwa Comarch wykazu wykonanych usług.

Z pisma Comarch z dnia 1 października 2015r. wynika, że pkt. 1, 2, 3 akapit 1, 2 i 8 oraz pkt 4 oraz załącznik do tych wyjaśnień dotyczy okoliczności zawartych w objętym tajemnicą przedsiębiorstwa Comarch wykazie wykonanych usług.

Zagadnienia związane z dostępem do ofert i innych dokumentów postępowania:

W dniu 31 sierpnia 2015r. zamawiający zaprosił Konsorcjum Hadatap na 2 września 2015r. godz. 11:00 na wgląd do ofert wyrażając zgodę na wykonywanie fotokopii ofert z zastrzeżeniem dokumentów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa. Analogiczne zaproszenie zamawiający wystosował do Asseco zapraszając na 2.09.2015r. godz. 12:00. Obaj wykonawcy potwierdzili zapoznanie się z ofertami odpowiednio Asseco i Comarch, oraz Konsorcjum Hadatap i Comarch w dniu 2 września 2015r.

W dniu 3 września 2015r. Konsorcjum Hadatap wystąpiło do zamawiającego z wniosekimi o wgląd do próbek. Jednocześnie wykonawca pytał czy zamawiający dokonał weryfikacji zasadności i skuteczności zastrzeżenia części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa i czy wykonawcy wykazali, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy. Zamawiający w dniu 9 września 2015r. odpowiedział Konsorcjum Hadatap, że próbki niezastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zostaną udostępnione w terminie wyznaczonym przez zamawiającego odrębnym pismem po przeprowadzeniu testów opisanych w siwz. Zamawiający poinformował także, iż uzasadnienie zastrzeżenia określonych informacji/treści ofert jako tajemnica przedsiębiorstwa również zostało przez wykonawców utajnione. Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez zainteresowane podmioty.

W dniu 5 września 2015r. Konsorcjum Hadatap zwróciło się o wgląd do protokołu postępowania i próbek oraz raportów lub innych dokumentów zawierających informacje o przebiegu i wynikach przeprowadzonych testów.

W dniu 6 października 2015r. zamawiający zaprosił Konsorcjum Hadatap na dzień następnym na wgląd do próbek (z zastrzeżeniem dokumentów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa). Pozostałe żądane dokumenty zamawiający wskazał, że termin zapoznania się z nimi zostanie wskazany odrębnym pismem.

W dniu 6 października 2015r. konsorcjum Hadatap potwierdziło zapoznanie się z próbkami

W dniu 8 października 2015r. Konsorcjum Hadatap zwrócił się do umożliwienie wglądu do protokołu postępowania ZP-1 o informacji dotyczących przeprowadzenia testów, w dniu 9 października 2015r. Konsorcjum Hadatap wniosło o udostępnienie nagrań z testów i komunikacji dot. testów pomiędzy zamawiającym, a laboratorium wykonującym testy.

W dniu 9 października 2015r. zamawiający zaprosił na wgląd do dokumentacji postępowania (z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa) w dniu 12 października 2015r.

W dniu 9 października 2015r. konsorcjum Hadatap w związku z przeprowadzonym wglądem do próbek poprosiło o udostępnienie nagrań z testów, komunikacji dotyczącej testów pomiędzy zamawiającym a laboratorium wykonującym testy.

W dniu 12 października 2015r. zamawiający odpowiedział, że wszystkie jawne dokumenty dotyczące postępowania zostały Konsorcjum Hadatap udostępnione w trakcie wglądu.

W dniu 9 października 2015r. Konsorcjum Hadatap wniosło o udzielenie odpowiedzi, czy wszyscy wykonawcy dostarczyli dodatkowe 30 etykiet RFID wymaganych w siwz, które zostały dostarczone z ofertą oraz czy testy inteligentnych półek oraz śluzy RFID zostały przeprowadzone na identycznych etykietach, co tych, które zostały zgłoszone, jako próbki złożone w ofertach.

W dniu 12 października 2015r. zamawiający odpowiedział, że testy zostały przeprowadzone zgodnie z warunkami wskazanymi w siwz oraz osobnym pismem poinformowało, że wszystkie jawne dokumenty dotyczące postępowania zostały Konsorcjum hadatap udostępnione w trakcie wglądu.

W dniu 13 października 2015r. Konsorcjum Hadatap poinformowało zamawiającego, że udostępniona mu dokumentacja zawiera istotne braki tj. :

- brak protokołu z testów inteligentnych półek oraz „śluzy RFID” firm Comarch i Asseco oraz brak informacji o ich ew. utajnieniu,
- brak zapisów wideo z testów czytnika mobilnego w komorze bezodbiłkowej w ILIM oraz brak informacji o ich ew. utajnieniu,
- brak próbek etykiet RFID użytych w trakcie testów inteligentnych półek oraz „śluzy RFID” oraz brak informacji o ich ew. utajnieniu,
- brak dokumentów związanych z oceną próbek przez ILIM lub korespondencją wymienianą w tej sprawie między zamawiającym, a ILIM lub ew. informacji o braku lub utajnieniu tych dokumentów.

Konsorcjum Hadatap zwróciło się o udostępnienie :

- protokołu oceny stanowiska SKD, SWPD oraz czytnika mobilnego formy Comarch oraz wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty z dnia 29 września 2015r.

W dniu 13 października 2015r. Asseco zwróciło się do zamawiającego o udostępnienie protokołu z :

- raportu z testów realizowanych w komorze bezodbiłkowej,
- raportu z testów znaczników,
- testów próbek realizowanych w archiwum sądowym,
- testów inteligentnych półek i stanowiska kompletacji (śluza RFID) oraz o odtajnienie części niejawną oferty firmy Comarch.

W dniu 13 października 2015r. zamawiający zaprosił Asseco do wglądu do dokumentacji na dzień 14 października 2015r.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że zarówno konsorcjum Hadatap jak i wykonawca Asseco dowiedzieli się w dniu 2 października 2015r. dokonując wglądu do ofert konkurencji, że w ofertach odpowiednio Comarch i Asseco znajdują się części niejawną ofert. Co więcej w obu ofertach Comarch i Asseco wskazali jakie dokumenty objęły tajemnicą przedsiębiorstwa i u Comarch jest to str. 3 oferty, gdzie wymieniono: pkt. 13 Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wskazaniem, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, 14. Zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów wraz z KRS, 15. Wykaz wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, 16. Wykaz osób, 17. Informacja z banku, 18. Wykaz elementów służących do przeprowadzenia próbki, dostarczonych razem z ofertą.

A u Asseco jest to str. 2, gdzie wskazano poz. 13 informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, 14. Informacje o podwykonawcach – załącznik nr 9 do siwz, 15. Wykaz wykonanych usług – załącznik nr 5 do siwz, 16. Wykaz osób – załącznik nr 6 do siwz, 17. Zobowiązanie podmiotów do udostępnienia zasobów.

Zapraszając do zapoznania się z ofertami zamawiający wprost uprzedzał, że wgląd do ofert będzie możliwy z zastrzeżeniem dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Dodatkowo W dniu 9 września 2015r. Konsorcjum Hadatap uzyskało pewność, że zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Asseco zaś dopiero w dniu 13 października 2015r. zażądało odtajnienia części niejawniej oferty firmy Comarch.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że pierwszym możliwym dniem, z którym odwołujący mogli podjąć wiadomość, że zamawiający nie udostępni im tajnych części ofert był 2 września 2015r. Odwołujący nie przeczyli temu, że w dacie 2 września 2015r. nie otrzymali pełnego wglądu do ofert.

Izba postanowiła oddalić wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków M. G. i T. M. na okoliczność wykazania, że próbki etykiet w ofertach COMARCH i Asseco różniły się od próbek etykiet użytych do testów oraz na okoliczność przebiegu testów i sposobu dokonywania oceny próbek z uwagi na to, iż okoliczności, które mają być stwierdzone tymi dowodami w części dotyczącej przebiegu testów i raportu z testów zostały udokumentowane raportami z testów, zaś co do identyczności próbek etykiet RFID, to w ocenie Izby dowód ten nie służy wykazaniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, a w rzeczywistości zmierza do wykazania nieprawidłowości sporządzenia siwz, które to zarzuty były dopuszczalne na innym etapie postępowania.

Izba postanowiła oddalić dowód z przesłuchania P. D. na okoliczność przebiegu testów, gdyż został wykazany dowodami z dokumentów w postaci raportów z testów załączonymi do dokumentacji postępowania. Oddała wniosek o przesłuchanie świadków M. G. i T. M. na okoliczność wyniku osiągniętego w testach przez mobilny czytnik Asseco i wątpliwości co do zgodności parametrów z wymogami SIWZ gdyż dowód ten wymaga wiadomości specjalnych i nie może być zastąpiony dowodem z zeznań świadków. Oddała wniosek o przesłuchanie świadka A. C. i P. D., gdyż pomiędzy stronami tak naprawdę nie ma sporu co do tego, że odwołującemu udostępniono próbki oraz protokoły z testów w takim zakresie, w jakim zamawiający podtrzymał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba postanowiła oddalić wniosek o przesłuchanie przedstawicieli CA Consulting T. M., J. M. i K. W. na okoliczność sprecyzowaną na rozprawie z uwagi na to, iż ze względu na treść dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, dowód ten nie służy udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Jak również oddalić ten wniosek na okoliczność posiadania przez CA Consulting linii produkcyjnej z uwagi na fakt, iż

zamawiający nie wymagał, aby producent posiadał linię produkcyjną, zaś co do wniosku w zakresie wykazania możliwości wyprodukowania próbki, to fakt ten może być zweryfikowany za pomocą próbek przedłożonych przez Comarch w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba postanowiła dopuścić załączone do pism procesowych dowody z dokumentów jak również oryginalną dokumentację postępowania wraz z próbkami oraz dowód z opinii biegłego o specjalności telekomunikacja lub telekomunikacja radiowa na okoliczności :

Czy jest możliwe osiągnięcie siły sygnału zwrotnego (RSSI) liczonego na wyjściu z anteny czytnika o impedancji 50 Ohm na poziomie – 41 dBm dla :

- czytnika CS-101 zgodnego ze standardem – RFID UHF ISO 180006-C, ETSI 302 208, 865-868 MHz

- dla mocy radiowej czytnika (emitowanej z anteny) zgodnie ze standardem ETSI 302 208 w paśmie 865-868 MHz nie większej niż 33 dBm

- Znacznika (etykiety) RFID z układem pasywnym – bez własnego zasilania

- Odległości anteny czytnika od anteny znacznika – 400 cm

- Odczyt w dużej komorze bezodbiciowej

- Maksymalnego zysku anteny czytnika 3,35 dBd (5,5 dBi)

oraz czy czytnik na którym było prowadzone badanie przewodzenia wraz z etykietą wygenerował prawidłowy wynik -41 dBm.

czy zarówno etykieta jak i czytnik były zgodne z SIWZ, oraz zobowiązanie biegłego do porównania wyniku pomiaru uzyskanego na oprogramowaniu Asseco z wynikami pomiarów uzyskiwanych na oprogramowaniu producenta urządzenia.

Konsorcjum Hadatap przedłożył opinię sporządzoną na zlecenie odwołującego przez Instytut Łączności Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie wraz ze skierowanym przez Konsorcjum Hadatap zapytaniem, z której wynika, że w przypadku nadajnika czytnika RFID wykorzystującego częstotliwości z zakresu 865,6-867,6MHz dopuszczalna moc promieniowania wynosi 33 dBm erp (2 erp). Czytnik, którego moc promieniowania jest większa niż 33 dBm erp nie spełnia wymagań zasadniczych w związku z art. 3.2 dyrektywy 1999/5/EC, zatem nie może być wprowadzony do obrotu i oddany do użytkowania.

Z dowodów załączonych do pism procesowych przystępującego Comarch – (numeracja załączników według kolejności załączenia do pisma w sprawie sygn. akt KIO 2261/15) wynika, że:

- Ca Consulting prowadzi produkcję urządzeń na rzecz co najmniej jednego odbiorcy (zał. nr 3) jak również na potrzeby własne (zał. nr 4), w tym urządzeń na potrzeby rozwiązań wymaganych w przedmiotowym postępowaniu (zał. nr 7) i osiągania z tego tytułu przychodów - zał. nr 10 oraz istnienia dokumentacji dotyczącej obsługi systemu wykorzystującego służę RFID oraz inteligentne regały (zał. nr 11 str. 2, 3 i 4),

- podmiot udostępniający Comarch zasoby nie jest firmą CA Consulting, a Comarch korzysta z zasobów podmiotów trzecich (zał. nr 8)
- jaki jest sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, jaki jest charakter zamawianego przez zamawiającego wdrożenia, w jaki sposób i w jakim okresie podmiotu udostępniający zasób będzie zezwalał Comarch na skorzystanie z udostępnianych zasobów (zał. nr 8)
- istnienia innego niż członkowie konsorcjum Hadatap i Asseco przedsiębiorstwa produkującego etykiety RFID UHF – zał. nr 9.
- z odpisu z KRS dla Ca Consulting na dzień 16 lipca 2015r. wynika, że w ramach przedmiotu działalności mieścił się PKD 26.11.Z Produkcja elementów elektronicznych, PKD.26.12.Z Produkcja elektronicznych obwodów drukowanych, PKD 26.20.Z Produkcja komputerów i urządzeń peryferyjnych, PKD26.30.Z produkcja sprzętu (tele)komunikacyjnego.
- z odpisu z KRS dla Dekor Media sp. z o.o. wynika, że w ramach PKD podmiot ten nie ma wpisanej działalności o kodach PKD 26.12Z, PKD 26.20.Z, PKD 26.30.Z.
- z odpisu z KRS dla Comex sp. z o.o. wynika, że w ramach PKD podmiot ten nie ma wpisanej działalności o kodach PKD 26.12Z, PKD 26.20.Z, PKD 26.30.Z.

Z dowodów z dokumentów dołączonych do pisma procesowego przystępującego Asseco w sprawie sygn. akt Kio 2260/15 :

- a) instrukcja użytkownika CSL CS 101 EPC Class 1 Gen 2 Rfid czytnik ręczny wersja 2.0.1, wynika, że użytkownik może ustawić poziom mocy czytnika RFID CSL na maksimum 30 dBm, zaś w trybie Setup należy wybrać zakładkę General Options, gdzie jako częstotliwość instrukcja podaje wartość 9-02,76 MHz,
- b) z karty katalogowej ręcznego czytnika RFID CS 101 wynika, że ma on zakres częstotliwości 865-868, 865-867, 902-928, 922-928, 915-922 MHz.
- c) Opinii sporządzonej na zlecenie przystępującego Asseco przez Politechnikę Rzeszowską, wynika, że na podstawie przeprowadzonych rozważań i obliczeń można obalić tezę, której istotę stanowi założenie, że „ dla uzyskania w oprogramowaniu układu RWD wskaźnika RSSI równego -41 dBm czytnik/programator RFID pasma UHF musi mieć moc wyjściową nadajnika powyżej 10 W”. W związku z tym, zgodnie z wymaganiami unormowania ETSI EN 302 208 (maksymalnie 2 W ERP w zakresie częstotliwości od 865 do 868 MHz możliwe jest uzyskanie wskaźnika RSSI równego - 41 dBm w odległości 4m od anteny czytnika/programatora, przy mocy wyjściowej nadajnika (układu RWD) równej 1W

Dowody z dokumentów załączone do pisma procesowego odwołującego Asseco w sprawie sygn. akt KIO 2261/15

Izba oceniła załączone fotografie miejsc przeprowadzania testów inteligentnej półki Assecor oraz Biblioteki Akademickiej w Katowicach jako nie służące potwierdzeniu tezy, że nieprawdziwa jest informacja, że Ca Consulting wdrożyła system RFID o wartości 1 mln zł., gdyż z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wynika, aby przystępujący Comarch posługiwał się zasobami wiedzy i doświadczenia tej firmy.

Z informacji o wyniku postępowania prowadzonego przez Sąd Okręgowy w Warszawie znak SZP- 382-96/14 nie wynika, aby podmioty z grupy kapitałowej Comarch brały udział w tym postępowaniu,

Z informacji o wyniku postępowania prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy znak ZP/SR/04/15 nie wynika, aby podmioty z grupy kapitałowej Comarch brały udział w tym postępowaniu,

Z informacji o wyniku postępowania prowadzonego przez Miejską Bibliotekę Publiczną – Centrum Kultury w Pieszycach znak 271624-2015 nie wynika, aby podmioty z grupy kapitałowej Comarch brały udział w tym postępowaniu,

Z informacji o wyniku postępowania prowadzonego przez Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie znak DZP.K-382/2015 nie wynika, aby podmioty z grupy kapitałowej Comarch brały udział w tym postępowaniu,

Z protokołu postępowania prowadzonego przez Jeleniogórskie Centrum Informacji i Edukacji Regionalnej – Książnica Karkonoska nie wynika, aby podmioty z grupy kapitałowej Comarch brały udział w tym postępowaniu,

Z informacji o wyniku postępowania prowadzonego przez Uniwersytet Szczeciński nr postępowania TP/371/40/15 nie wynika, aby podmioty z grupy kapitałowej Comarch brały udział w tym postępowaniu,

Z informacji o wyniku postępowania prowadzonego przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi znak ZP/35/2015 nie wynika, aby podmioty z grupy kapitałowej Comarch brały udział w tym postępowaniu,

Z zawiadomienia o wyniku postępowania prowadzonego przez Miasto Chełm znak BIM.042.1.2013 nie wynika, aby podmioty z grupy kapitałowej Comarch brały udział w tym postępowaniu,

Z informacji o projekcie wdrożenia innowacyjności technologii produkcji etykiet RFID, gdzie beneficjentem jest Dekor wynika, że wartość projektu to 9 669 022,16 PLN,

Z informacji o wdrożeniu linii produkcji znaczników RFID, przez Comex wynika, że wartość takiego wdrożenia to 10 947 861 PLN.

Z wydruku ze strony internetowej Junmp wynika, że zamieszczone tam zdjęcia obrazują sprzęt do produkcji – Izba oceniła ten dowód jako niemający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż po pierwsze został złożony bez tłumaczenia na język polski ponadto

nie wynika z niego, że zilustrowany fotografiami sprzęt to linia produkcyjna do produkcji znaczników RFID.

Z odpisu z KRS dla Ca Consulting z dnia 16 października 2015r. wynika, że na ten dzień CA Consulting nie ma w ramach prowadzonej działalności ujawnionych w KRS kodów PKD : PKD 26.12Z, PKD 26.20.Z, PKD 26.30.Z.

Izba na podstawie dowodu z opinii instytutu ustaliła, że na potrzeby ustalenia czy czytnik jest w stanie w ogóle nawiązać łączność z etykietą należy ustalić moc odbieraną przez czytnik. Biegły korzystając z dostępnych danych, zakładając, że G_R jest zbliżone do zysku anteny typu dipol półfalowy ($G_R \cong 2.15$ dBi) oraz uwzględniając wymagania zawarte w normie ETSI 302.208 określające maksymalną moc emitowaną przez czytnik i jego antenę ($P_{T[dB]} + G_{T[dB]}$) na poziomie 33 dBm (ERP) można obliczyć moc dostarczoną do czipu etykiety jako $-11,15$ dBm ($76,7 \mu\text{W}$), co jest wartością znacznie przekraczającą minimalną wartość wymaganą do pracy (-20 dBm lub $10 \mu\text{W}$). Na tej podstawie można stwierdzić, że czytnik nawiąże komunikację z etykietą, a tym samym czytnik odbierze sygnał zwrotny, którego moc można obliczyć korzystając z analogicznego wzoru. W opinii przestawionej przez Instytut Łączności założono tylko dodatkowo, że straty mocy w etykiecie osiągają wartość 8 dB, co należy uwzględnić w obliczeniach. W ten sposób poziom mocy odebranej przez czytnik wyposażony w antenę o zysku kierunkowym $G_T = 5.5$ dBi wynosi $-54,75$ dBm

Jeśli zatem przyjąć, że termin „siła sygnału zwrotnego” użyty w pytaniu dotyczy poziomu mocy odebranej przez czytnik, co założono na wstępie, to odpowiedź jest negatywna.

Biegły podkreślił, że nie można na podstawie powyższych obliczeń stwierdzić czy wyświetlona przez dowolny czytnik wartość parametru RSSI będzie wynosiła właśnie $-54,75$ dBm, gdyż w ogólności RSSI nie musi być równe $P_{R\text{czytnik}}$.

Odpowiadając na pytanie czy czytnik, na którym było prowadzone badanie przewodzenia wraz z etykietą wygenerował prawidłowy wynik -41 dBm, biegły przyjął założenie, że chodzi w nim o wartość współczynnika RSSI wyświetlanego przez czytnik podczas testów. Zdaniem wydającego opinię sformułowania zawarte w SIWZ i dotyczące sposobu prowadzenia testów w oparciu o wartość RSSI są nieprecyzyjne, gdyż nie istnieje standardowy sposób definiowania wartości tego parametru stosowany przez wszystkich producentów czytników RFID. Nie ma zatem o nim mowy także we wskazanych w SIWZ standardzie ISO-18000-6-C i normie ETSI 302.208. Oznacza to, że wartość parametru RSSI wyświetlana przez czytnik nie musi (i zazwyczaj nie jest) równoznaczna z wartością mocy sygnału powracającego do czytnika, choć jest do niej proporcjonalna. Wszelkie operacje przeprowadzone przez czytnik na zmierzonej wartości mocy sygnału odbieranego (w tym ew. skalowanie wyniku) w celu obliczenia wartości RSSI i wyświetlenia jej nie są objęte normami wskazanymi w SIWZ. Należy zatem uznać wynik -41 dBm za prawidłowy.

Na pytanie, czy zarówno etykieta jak i czytnik były zgodne z SIWZ, biegły odpowiedział, że przedstawiony SIWZ obejmuje wiele parametrów zamawianego systemu, w tym także te które nie są w żaden sposób związane z warstwą radiową systemu. W szczególności wyjaśnienia datowane na 4 VIII 2015r. oraz 13 VIII 2015r. nie precyzują zagadnień należących do kompetencji wydającego niniejszą opinię. Nie są zatem istotne dla procesu przygotowania niniejszej opinii. Należy więc podkreślić, że udzielona w niej odpowiedź na pytanie 3. dotyczy tylko kwestii związanych z poziomami mocy emitowanej/odbieranej przez czytnik i etykietę, biorąc pod uwagę powyższe zastrzeżenie oraz analizę przeprowadzoną na potrzeby odpowiedzi na pytania 1. i 2. odpowiedź na pytanie 3. jest twierdząca.

Biegły podkreślił fakt, że przewidziana w SIWZ procedura testowa uzależniona od wartości parametru RSSI jest niejednoznaczna. W związku z tym wydaje się zasadne budowanie podobnych testów w innych postępowaniach tego rodzaju w oparciu o wartość parametrów, których producent czytników RFID nie może dowolnie kształtować. Jako przykład takiej procedury można podać test badający maksymalny zasięg czytników i premiujący rozwiązania charakteryzujące się największą odległością między czytnikiem i etykietą, przy której liczba niepowodzeń w odczycie nie spada przykładowo poniżej 50%. Typowe czytniki zapewniają maksymalny zasięg kilku metrów, a w wypadku czytnika CSL CS101 ta odległość to maksymalnie ok. 8m (zgodnie z danymi katalogowymi). Oznacza, że test taki można przeprowadzić w typowej komorze bezodbiciowej, a jego wyniki będą pozbawione niejednoznaczności przy założeniu, że wszystkie badane rozwiązania są zgodne z normą ETSI 302.208, która ogranicza moc nadawaną przez czytnik.

Z ustnej uzupełniającej opinii biegłego wynika, że teoretycznie niezbędna moc radiowa emitowana z anteny czytnika, aby było możliwe - w warunkach opisanych w punkcie 1 opinii pisemnej – osiągnięcie mocy odbieranej przez czytnik w wysokości – 41 dBm oraz wskazanie, czy emisja takiej mocy jest zgodna ze standardem ETSI 302208 w paśmie 865-868 MHz, to generalnie będzie to około 10 W. Po odbiciu się od etykiety i powrocie, żeby uzyskać – 41dBm po stronie czytnika +/- 2 W. I tak jest to moc większa, niż to, co twierdzi norma. Biegły nie oceniał czytnika i etykiety testowanej przez zamawiającego, z załączonej do oferty Asseco, gdyż czytnik może wyświetlać dowolne wartości nie tylko moc, a nie ma norm regulujących jak obliczać i wyświetlać parametr RSSI. Każdy czytnik wprowadzony do obrotu na terenie UE i oznakowany znakiem CE musi spełniać normy. Jeśli moc jest zgodna z normami, to w dalszym ciągu nic nie mówi o tym, co zostanie wyświetlone na wyświetlaczu jako parametr RSSI. W SIWZ zamawiający wskazywał na ISO18000C i normę ETSI i jak przeszukać te dokumenty , to nie ma w nich mowy o RSSI, a skoro nie ma w nich mowy o tym, to dostawca sprzętu może sobie to dowolnie kształtować. Producenci nie gwarantują, że nie będzie rozbieżności. RSSI nie jest równoważne z mocą. Mamy do czynienia z sygnałem

radiowym nawet w komorze bezodbiciowej, nie jest tak, że wynik będzie zupełnie identyczny. Parametry tego urządzenia nie są bardzo stabilne, jakieś rozbieżności muszą być.

Możliwe jest zamontowanie w czytniku przez użytkownika oprogramowania, które będzie powodowało, iż wyświetlał się będzie inny odczyt, niż parametr, który rzeczywiście urządzenie to posiada. Biegły dziwiłby się, gdyby nie było możliwe modyfikowanie oprogramowania czytnika.

Biegły wyjaśnił, że czytnik ma moc 2W ERP natomiast, jak już wyjaśniał kilkakrotnie w swojej opinii odczyt z czytnika dotyczył wartości RSSI, dla której nie ma standardów, dlatego osiągnięcie -41 dBm było możliwe i należy je potraktować jako wskazanie urządzenia, nie jest to natomiast moc. Nie można zakładać, że dla każdego czytnika wartość RSSI jest równa wartości mocy. Na pytanie „Czy gdyby producent lub użytkownik zmodyfikowali oprogramowanie czytnika, to byłoby to równoznaczne ze zmianą mocy w wartościach wyświetlanych RSSI przy poszanowaniu wartości określonych w SIWZ i w zakresie norm?”, biegły odpowiedział, że nie. Co do HADATAP to Izba oddała wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków jak w odwołaniu, podtrzymując swoje stanowisko co do tego, że dowód ten przede wszystkim służy ustaleniu, w jaki sposób zamawiający interpretował postanowienia SIWZ na etapie testu, a tym samym nie służy udowodnieniu okoliczności mających na celu udowodnienie podniesionych zarzutów. Izba postanowiła oddalić wniosek o przesłuchanie członków polskiej spółki grupy kapitałowej COMARCH, której dotyczy referencja na str. 68 oferty COMARCH SA, gdyż w ocenie Izby dowód ten został powołany dla zwłoki, a możliwość jego sformułowania istniała w dacie wniesienia odwołania, gdyż odwołujący wprost w odwołaniu wskazywał, że okoliczności przez niego podnoszone dotyczą tak CA Consulting jak i każdej innej spółki z grupy COMARCH, tym samym modyfikacja tezy dokonana pismem z 07.12.2015 r. mogła być dokonana w dacie wniesienia odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. informatyki na okoliczność ustalenia, według jakiego algorytmu dokonano przeliczenia wyników pomiarów uzyskanych przez czytnik Asseco na wynik podawany w dBm, gdyż w ocenie Izby dowód ten ma na celu jedynie dalszą polemikę z opinią biegłego sporządzoną przez Instytut, który to dowód został powołany na wniosek odwołującego. Oświadczenie dyrektora SA we Wrocławiu Izba traktuje jako oświadczenie własne zamawiającego.

Dowód z korespondencji drogą elektroniczną pomiędzy Albertem Lai, a odwołujący Hadatap z dnia 3 grudnia 2015r. wskazuje, że czytniki firmy Convergence Systems Limited prezentują w aplikacji testowej RSSI jako bezwzględną wartość napięcia na porcie wejściowym wyrażoną w dBuV i aby przeliczyć tę wartość na dBm należy wyświetlaną wartość pomniejszyć o 106 989.

Ze zrzutu z wyników wyszukiwania, przy czym nie podano co było przedmiotem wyszukiwania wynika, że dla Hadatap wskazywane są wdrożenia RFID w bibliotekach i archiwach, , także u klientów systemów ERP, dla Praetor wskazuje się na system Praetor przy zastosowaniu technologii radiowej RFID, w tym do zarządzania archiwami w sądzie rejonowym, dla Arfido – nowoczesna biblioteka samodzielne zwroty RFID, dla Asseco system Asseco Safo WMS zastosowanie RFID w magazynie, systemy ERP w tym RFID, dla Comarch – Comarch ERP – w tym karta RFID, ERP 24, w tym RFID, CA Consulting – brakujące RFID.

Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem, któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazali przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 2260/15

Zarzut zaniechania przez zamawiającego uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich próbek złożonych przez Comarch, a przez Asseco w zakresie testów inteligentnej półki oraz „śluzy RFID”, protokołów z testów obligatoryjnych oraz testów w zakresie wszystkich kryteriów oceny ofert dotyczących próbek Comarch, natomiast Asseco w zakresie testów inteligentnej półki oraz śluzy „RFID”, korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami Asseco i Comarch w fazie badania i oceny ofert, w szczególności dotyczącej oceny próbek, po dokonaniu testów do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również nagrań z testów obligatoryjnych oraz informacji, czy etykiety RFID załączone do oferty Comarch oraz Asseco są identyczne, jak użyte w czasie testów inteligentnej półki i śluzy „RFID”, a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1- 3 i w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy oraz Zarzut zaniechania przez zamawiającego uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oferty Comarch w zakresie wykazu zamówień oraz dokumentów mających potwierdzać należyte wykonanie zawartych w wykazie zamówień oraz wyjaśnień lub uzupełnień dotyczących tych dokumentów, jak również uzasadnienia objęcia informacji zawartych w ww. dokumentach jako tajemnica przedsiębiorstwa, a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 - 3 i w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy

Zarzut w części nie podlega rozpoznaniu jako zarzut spóźniony, a w części podlega oddaleniu. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Z ust. 2 art. 8 ustawy wynika, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Art. 8 ust. 3 ustawy przewiduje wyjątek od zasady jawności stanowiąc „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio.” W myśl art. 96 ust. 3 ustawy protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK, który wśród stron i uczestników postępowania nie budził wątpliwości interpretacyjnych zastrzegana informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub mieć wartość gospodarczą, a w stosunku do takiej informacji wykonawca musi wykazać, że podjął czynności zmierzające do zachowania jej w poufności. Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 (a więc od czynności, o których zamawiający nie ma obowiązków informować oraz takich które nie są treścią ogłoszenia o zamówieniu lub treścią siwz) wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Izba dokonując ustaleń stanu faktycznego ustaliła, że konsorcjum Hadatap w dniu 2 września 2015r. uzyskał wgląd do ofert Comarch i Asseco w ograniczonym zakresie, tj. bez tych dokumentów, które wykonawcy oznaczyli jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak również z części jawnych tych ofert uzyskał wiedzę jakie dokumenty obaj wykonawcy objęli klauzulą tajemnicy. Tym samym skoro 2 września 2015r. zamawiający wprost odmówił wglądu do pełnej treści ofert, (co wcześniej zresztą zamawiający konsorcjum Hadatap sygnalizował w dniu 31 sierpnia 2015r.) to od daty 2 września 2015r. odwołujący Hadatap mógł powziąć wiadomość, tak o katalogu zastrzeżonych dokumentów, a zatem mógł ocenić czy mogą one zawierać tajemnicę przedsiębiorstwa czy też nie i mógł także ocenić, czy zamawiający zasadnie odmawia mu prawa wglądu do pełnej treści ofert, czyli mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania. Dokumentem, co którego odwołujący

uzyskał pewność, że zamawiający uznał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było pismo z dnia 9 września 2015r., gdzie wprost zamawiający to wskazał. Tym samym wniesienie odwołania na czynność zaniechania odtajnienia części ofert Comarch i Asseco w dacie 16 października 2015r. nastąpiło z uchybieniem 10 dniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy. Skoro zaś odwołujący nie zakwestionował skutecznie zaniechania odtajnienia przez zamawiającego części ofert Comarch i Asseco, to w ocenie Izby nie mógł się również skutecznie domagać odtajnienia dokumentów powstałych w toku postępowania, które dotyczyły informacji zawartych w częściach tajnych ofert Comarch i Asseco tak jak wezwań do wyjaśnień czy uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy i złożonych odpowiedzi a także wyników testów w zakresie tak postępowania z dołączonymi przez Comarch próbkami jak i zastrzeżonych wykazów wykonanych usług czy wykazów osób oraz dokumentów do tych wykazów dołączonych. Odmowa ich udostępnienia była bowiem w ocenie Izby naturalną konsekwencją objęcia określonych dokumentów w ofertach tajemnicą przedsiębiorstwa i nielogiczna jest argumentacja odwołującego, że skoro nie są ofertami, to są jawne po wyborze oferty najkorzystniejszej, co daje uprawnienie do kwestionowania skuteczności ich w drodze odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Brak logiki rozumowania sprowadza się bowiem do tego, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji odmowa dostępu do wyżej wskazanych dokumentów jest wtórne wobec skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie i gdyby przyjąć tok rozumowania odwołującego Hadatap, to zamawiający byłby każdorazowo zmuszony dokonywać ponownej analizy tych samych informacji, które ocenił już jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wezwania, odpowiedzi i testy dotyczyły bowiem informacji o relacjach handlowych wykonawcy Comarch z konkretnymi wskazanymi w ofercie podmiotami oraz technologii próbek przedstawionych w ofercie. Oczywiście nie oznacza to, że każdorazowo dokumenty powstałe w toku postępowania po złożeniu ofert nie będą się poddawać kontroli skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa np. wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę mogą same w sobie zawierać informacje, które nie były wskazane w ofercie lub nie były w niej objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i wówczas rozumowanie odwołującego byłoby prawidłowe i logiczne. Jednak taka sytuacja w niniejszej sprawie nie miała miejsca, odmowa dostępu do innych niż oferty dokumentów w tym postępowaniu ma ścisły związek z informacjami skutecznie zastrzeżonymi w ofercie, a skoro tak, to umożliwienie osobnego kwestionowania tych dokumentów w oderwaniu od oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie mogłoby prowadzić do próby obejścia przepisów o terminach na wniesienie odwołania. Co do zarzutów związanych z zaniechaniem udostępnienia testów, w zakresie testów inteligentnej półki oraz śluzu „RFID” u Comarch i Asseco oraz nagrań z testów obowiązkowych oraz informacji, czy etykiety RFID załączone do oferty Comarch oraz

Asseco są identyczne, jak użyte w czasie testów inteligentnej półki i śluzu „RFID”, to zarzuty nie mają oparcia w treści siwz. Zamawiający opisując procedurę testów nie zobowiązywał się do sporządzania nagrań czy innego utrwalenia przebiegu testów np. w formie protokołu, czy raportów. Niewątpliwie zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada pisemności wynikająca z art. 9 ust. 1 ustawy, nie mniej jednak odwołujący nie podniósł zarzutów naruszenia tej zasady postępowania, a jedynie domagał się odtajnienia dokumentów, które jak oświadczył na rozprawie zamawiający i jak wynika z dokumentacji postępowania nie zostały sporządzone. Wobec braku właściwie postawionego zarzutu Izba nie mogła zadośćuczynić żądaniu odwołania, gdyż w rzeczywistości nie było możliwe nakazanie zamawiającemu odtajnienia nieistniejących dokumentów czy nagrań. Oczywiście pożądanym z punktu widzenia przejrzystości postępowania byłoby sporządzenie takich nagrań czy dokumentacji protokolarnej, nie mniej jednak Izba pozostaje związana granicami zarzutów – art. 192 ust. 7 ustawy. Wykonawcy, ze swej strony także o wprowadzenie do siwz szczegółowych rozwiązań dokumentujących przebieg testu na etapie wyjaśnień treści siwz nie zadbali. W odniesieniu do braku informacji ze strony zamawiającego czy etykiety użyte do testów inteligentnych półek i śluzu RFID były identyczne z załączonymi do ofert, to w ocenie Izby zamawiający udzielił w tym zakresie odwołującemu Hadatap odpowiedzi wskazując, że testy zostały przeprowadzone zgodnie z warunkami wskazanymi w siwz (pismo zamawiającego z 12 października 2015r.). Brak jest zatem w ocenie Izby zaniechania zamawiającego w zakresie udzielenia informacji, tym samym zarzut w tym zakresie również nie potwierdził się. Kwestia etykiet użytych do testów inteligentnych półek i śluzu RFID w swojej istocie jest nie sporem o dostęp do informacji, ale sporem na temat wykładni treści siwz w toku procedury badania i oceny ofert i będzie przedmiotem analizy Izby w odniesieniu do innych zarzutów podniesionych przez odwołującego Hadatap.

Z ostrożności zarzut zaniechania przez zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy, bowiem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 91 ust. 3 ustawy stanowi, że 3. kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Zgodnie zaś z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Natomiast art. 146 ust. 6 ustawy stanowi, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z rozdziałem XII wykonawca wraz z ofertą musiał złożyć:

- e) 20 etykiet RFID;
- f) 1 urządzenie SKD;
- g) 1 urządzenie SWPD;
- h) 1 czytnik mobilny;

Dodatkowo wykonawca mógł zgłosić do oceny:

- c) wykonane przez siebie inteligentne półki;
- d) wykonaną przez siebie „śluzę” RFID.

Użyte w tym zakresie pojęcia „wykonane”, „wykonaną” nie odnoszą się do momentu wykonania, ani jego celu. Jednocześnie zamawiający miał dokonać oceny próbek złożonych wraz ofertą na okoliczność zgodności złożonych próbek z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Inteligentne półki oraz „śluzę RFID” miały być dostarczone przez wykonawcę do miejsca testów wskazanego przez zamawiającego w ww. piśmie.

W rozdziale XXI siwz w pkt. 2 ppkt. 3 i 4 zamawiający użył pojęć „wdrożonych inteligentnych półek” i przedstawił cel testu ocena zgodności lokalizacji fizycznej teczek z lokalizacją wskazywaną przez system. W ppkt. 4 użył pojęcia „wdrożonego urządzenia „śluzę RFID””, którego celem był test stanowiska kompletacji i sprawdzenie kompletności zamówień co najmniej 50 teczek oraz opisał interpretację wyników testów. Nie postawił wymagań co do sposobu zestawienia urządzeń wykorzystywanych do testów, ani nie opisał szczegółowo sposobu przebiegu testu, czy będą znakowane teczki przy zamawiającym, czy do testu będą wykorzystywane teczki już oznakowane, a zamawiający jedynie wskaże które teczki należy zlokalizować na półce, albo poda jakie teczki trzeba skompletować na wózku i zbadać poprawność skompletowania.

Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2015r. udzielił następujących wyjaśnień treści siwz:

Na pytanie nr 2 o treści czy zamawiający dopuszcza wskazanie przez wykonawcę miejsca instalacji urządzeń – inteligentnych półek i śluzę RFID celem przeprowadzenia testów, przy założeniu, iż wykonawca zapewni komisji transport do miejsca testów, zamawiający odpowiedział - że przewidział w siwz możliwość zgłoszenia do oceny wdrożonych inteligentnych półek oraz wdrożonej śluzę RFID, czyli uruchomionych dla celów produkcyjnych (a nie przygotowanych jedynie na potrzeby oceny ofert w ramach niniejszego

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Zamawiający w przedmiotowym zakresie podtrzymał dotychczasową treść SIWZ. Jednocześnie w dniu 13 sierpnia 2015r. zamawiający doprecyzował sposób oceny próbek przez dookreślenie miejsca testów.

Izba wzięła także pod uwagę definicje śluzu/bramki RFID oraz inteligentnych półek zawarte w załączniku nr 1 do umowy, z których wynika, że śluza/bramka RFID jest zestawem urządzeń obejmującym co najmniej czytnik/programator, zestaw anten i okablowanie) pozwalającą, w połączeniu z systemem zarządzania aktami, na odczyt pełnych wózków akt bez konieczności ich wypakowywania (do 150 szt.), a inteligentną półką zestawem obejmującym co najmniej: czytnik/programator, zestaw anten i okablowanie) pozwalającą, w połączeniu z systemem zarządzania aktami, na automatyczną inwentaryzację zawartości poszczególnych półek w stosowanych w poszczególnych jednostkach regałach archiwalnych. Nadto, zgodnie z pkt. 4 lit. c wykonawca, w terminie nie krótszym niż 7 dni roboczych przed wykonaniem dostawy do pierwszej z jednostek wymienionych na liście dystrybucyjnej zobowiązany jest do dostarczenia po 1 sztuce urządzeń SKD, SWPD, Czytnik Mobilny, opis planowanego rozwiązania technicznego w zakresie „Śluz RFID” i „Inteligentnych półek” oraz 50 szt. transponderów. W pkt. 4.1.6 zamawiający opisał wymagania dla śluz tj. oprogramowanie zapewniające kontrolę zgodności zawartości wózka z wybranym zamówienie, wskazanie akt zbędnych (błędnie pobranych z półek), wskazanie akt brakujących, inwentaryzację zawartości wózka, wyszukanie, czy wózek zawiera wskazane akta, kontrolę układów RFID w skanerze (regulacja mocy i innych parametrów odczytu zdefiniowanych w protokole EPC Class 1 Gen 2). W pkt. 4.1.6.2 zamawiający opisał minimalne wymagania techniczne: standard radiowy RFID UHF ETSI 302-208, częstotliwość 865,6-876,6 MHz, standard protokołu ISO 18000-6C, moc radiowa (ERP) regulowana w zakresie do 33 dBm. Ponadto w pkt. 4.1.6.3. zamawiający opisał parametry techniczne zalecane, ale nie obligatoryjne. W pkt. 4.1.7 zamawiający opisał wymagania dla inteligentnego regału: funkcjonalne - ma umożliwiać automatyczny odczyt sygnatur akt ułożonych na półkach i w powiązaniu ze specjalistycznym oprogramowaniem umożliwiać: inwentaryzację akt na wybranych półkach, inwentaryzację wszystkich akt złożonych na inteligentnym regale, rejestrację odłożenia akt na półkę, rejestrację pobrania akt z półki, określenie lokalizacji wskazanych akt na regale, dokładność lokalizacji – półka, oraz techniczne: standard radiowy RFID UHF ETSI 302-208, częstotliwość 865,6-876,6 MHz, standard protokołu ISO 18000-6C, moc radiowa (ERP) regulowana w zakresie do 33 dBm, interfejs: Ethernet RJ45, zasilanie 230 VAC.

Biorąc pod uwagę literalną treść siwz Izba ustaliła, że w odniesieniu do inteligentnych półek i śluz RFID zamawiający w zakresie przedmiotu zamówienia postawił wymagania funkcjonalne oraz nakazał spełnianie określonych standardów. Natomiast przedmiotem testów fakultatywnych uczynił wybrane funkcjonalności, których zaoferowania oczekiwał tj. w

przypadku inteligentnych półek zgodności fizycznej lokalizacji teczki z lokalizacją wskazywaną przez system, czyli wymaganie funkcjonalne 4.1.7.1 lit. e, a dla śluz funkcjonalności 4.1.6.1 lit. a i e nie precyzując żadnych dodatkowych wymogów technicznych, co do warunków w jakich test miał być przeprowadzony poza tym, że może on dotyczyć wdrożenia już dokonanego do celów produkcyjnych. Izba wzięła także pod uwagę fakt, że tak w przypadku śluz, jak i inteligentnych półek wymagania funkcjonalne opisane przez zamawiającego odnoszą się nie tyle do urządzeń skanera i regału, czy innych urządzeń z którymi te urządzenia współpracują, ale do oprogramowania. Tym samym przedmiotem testu w ocenie Izby jak słusznie zauważał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie były urządzenia, ale algorytmy zaimplementowane w oprogramowaniu stworzonym przez wykonawcę, które posiada funkcjonalności wymagane przez zamawiającego w siwz. W tym znaczeniu Izba oceniła, że zgromadzony materiał dowodowy pozwala na ustalenie, że kryterium oceny ofert technologia w podkryteriach test inteligentnych półek i śluz RFID były kryteriami odnoszącymi się do wymaganej przedmiotem zamówienia funkcjonalności. Sam fakt, że wykonawcy poddawali w wątpliwość sposób przeprowadzenia testu, który to sposób nie został skutecznie podważony przez wykonawców na etapie przed upływem terminu składania ofert nie zmienia charakteru tego kryterium. Tym samym Izba nie dopatrywała się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 91 ust. 3 ustawy, a w konsekwencji nie znalazła podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez Comarch oraz Asseco pomimo, iż treść złożonych przez tych wykonawców ofert nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „siwz”) ze względu na fakt, iż wbrew wymaganiom siwz próbki etykiet RFID złożone wraz z ofertą różnią się od próbek etykiet użytych ocenie w kryterium oceny ofert „Technologia”, a tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy ewentualnie zaniechanie odrzucenia na podstawie art. 82 ust. 1 w zw. z 89 ust. 1 pkt 1 ustawy obu ofert złożonych w postępowaniu przez Comarch i obu ofert złożonych przez Asseco

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli treść tej oferty nie odpowiada treści siwz z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zarzut naruszenia art. 87

ust. 2 pkt 3 ustawy nie był przez strony podnoszony, tym samym przytoczenie tego przepisu, ale zakresienia ram prawnych rozstrzygnięcia Izba uznaje za zbędne. Z art. 82 ust. 1 ustawy wynika, że wykonawca może złożyć jedną ofertę, zaś przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli oferta ta jest niezgodna z ustawą. Aby doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający musi popełnić następujące błędy:

- zamawiający błędnie ustalił treść siwz jako wzorca, do którego porównywał prawidłowo ustaloną treść oferty i w konsekwencji błędnie przyjął, że treść siwz i treść oferty sobie odpowiadają,
- zamawiający prawidłowo ustalił treść siwz jako wzorca, a błędnie ustalił treść oferty, i w konsekwencji błędnie przyjął, że treść siwz i treść oferty sobie odpowiadają,
- nie dokonał w ogóle ustalenia treści siwz i treści oferty i ich porównania, mimo ich oczywistej rozbieżności.

W przedmiotowej sprawie odwołujący Hadatap zarzuca zamawiającego, że popełnił pierwszy rodzaj błędu, tj. przyjął, że test w kryterium Technologia dla inteligentnych półek i śluz RFID może być przeprowadzony na urządzeniach nie spełniających wymagań siwz – etykiety. Konieczne jest zatem ustalenie, czy z treści siwz wynikał obowiązek przeprowadzenia testu na urządzeniach spełniających wymagania siwz. Izba podtrzymuje wszystkie ustalenia faktyczne poczynione dla rozstrzygnięcia zarzutu nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim Izba zwróciła uwagę, że z rozdziału XII nie wynika, ani możliwość, ani konieczność składania dodatkowych etykiet, mowa jest o wykonanych przez wykonawcę inteligentnych półkach, czy śluzach RFID, w rozdziale XXI również poza wskazaniem, co jest przedmiotem testu i jak test będzie przeprowadzony oraz jak ustalony zostanie wynik testu również nie ma mowy jak należy skompletować urządzenia do testu, a więc etykiety, czytnik/programator, zestaw anten i okablowanie, co więcej skoro te elementy mają być półką inteligentną, czy śluzą, to mają jako całość być wykonane przez wykonawcę i wdrożone jak wynika z wyjaśnień z 4 sierpnia 2015r. do celów produkcyjnych. Tym samym, w ocenie Izby ustalona treść siwz nie pozwala na przyjęcie, że zamawiający oczekiwał przedstawienia do testów śluzy czy półki identycznej jak opisana w przedmiotowym postępowaniu i użytecznej na potrzeby tego konkretnego postępowania. Odwołujący jednak takiego kryterium oceny ofert na etapie przed upływem terminu składania ofert nie kwestionowali. Tym samym w ocenie Izby nie mogą skutecznie na obecnym etapie postępowania domagać się od zamawiającego wykazania, że test był przeprowadzony w warunkach odpowiadających postanowieniom siwz. Takie żądanie jest bowiem spóźnione i prowadziłoby do próby obejścia terminów zawitych na wniesienie odwołania. Jak już Izba ustaliła wcześniej z treści załącznika nr 1 do siwz wynika, że zamawiający opisał

funkcjonalności oprogramowania instalowanego w skanerze (śluzie), czy powiązanego z inteligentną półką i w ramach testów interesowało go to, czy wykonawca posiada oprogramowanie, które już jest wdrożone (a więc funkcjonuje i jest uruchomione produkcyjnie, a nie w fazie testów), które można zainstalować w oferowanej śluzie czy powiązać z inteligentną półką i które realizuje wybraną funkcjonalność (wybrane funkcjonalności) przez zamawiającego spośród wszystkich wymaganych funkcjonalności oprogramowania. W ocenie Izby zatem przedmiotem testów nie było samo urządzenie czy zestaw urządzeń, ale funkcjonalność, która może być nadana za pomocą odpowiedniego oprogramowania takiemu urządzeniu. Odwołujący Hadatap twierdzi, że dopuszczenie dowolności urządzeń poddanych testom powoduje oderwanie testu od przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia słuszności takiej tezy. Odwołujący bowiem poza twierdzeniami, że nie ma pewności, iż wynik testu byłby dla wykonawcy pozytywny również na etykiecie spełniającej wymagania siwz, nie przedstawił na tę okoliczność jakiegokolwiek dowodu. Ponadto to, że przedmiotem testu będzie wdrożenie uruchomione w celu produkcyjnym było wykonawcom wiadome od 4 sierpnia 2015r., wiadome było także, że zamawiający nie opisał jakie wymagania techniczne minimalne, czy dopuszczające mają spełniać wdrożone rozwiązania w zakresie urządzeń na te rozwiązania się składających, wykonawcy wiedzieli także, iż testy mogą się odbywać w miejscu instalacji lub funkcjonowania wdrożeń u wykonawców lub u innych zamawiających, lub w miejscu wskazanym przez zamawiającego. Mając powyższe dane i uważając, że ocena ofert może być przeprowadzona w sposób nieporównywalny, to w ocenie Izby mogli i powinni byli podnieść takie zarzuty i stosowną do nich argumentację na etapie przed upływem terminu składania ofert. Na obecnym etapie rozważania odwołującego Hadatap co do wymagań technicznych dla urządzeń poddawanych testom w ramach testów inteligentnej półki i śluzy RFID, są spóźnione, a argumentacja odwołania opiera się o przekonania odwołującego Hadatap, w jaki sposób powinna wyglądać prawidłowo przygotowana próbka do testu, podczas gdy z ustalonej treści siwz nie wynikają takie wymagania. W ocenie Izby, to czy etykiety na potrzeby testu były identyczne z wymaganymi w ramach przedmiotu zamówienia czy też nie, nie może samo w sobie stanowić podstawy do stwierdzenia braku zgodności próbki z treścią siwz. Konieczne byłby bowiem wykazanie, że oprogramowanie służące realizacji wymaganych funkcjonalności wytworzone dla określonych półek, śluz, i etykiet nie może zapewnić realizacji funkcjonalności także dla innych półek, śluz i etykiet mieszczących się w wynikającym z siwz standardzie RFID UHF. Odwołujący Hadatap nie podjął polemiki z twierdzeniem przystępującego Comarch, że to wybrany przez zamawiającego standard narzuca technologię, a przedstawione przez przystępującego do testów półki i śluzy są urządzeniami w tym standardzie. Nadto w ocenie Izby nietrafne jest także stanowisko odwołującego Hadatap o złożeniu dwóch ofert, przede wszystkim tak

Asseco, jak i Comarch zaoferowali określonego rodzaju sprzęt, wymieniony w formularzu ofertowym i ten sprzęt zadeklarowali dostarczyć w ramach umowy. Jednocześnie wykonawca wybrany miał przed przystąpieniem do wdrożenia systemu zarządzania aktami przedstawić próbkę oprogramowania umożliwiającą ocenę działania urządzeń. Tym samym oprogramowanie umożliwiające działanie urządzeń było przedmiotem zamówienia, a test jednej z jego funkcjonalności zaimplementowanej na wdrożonym oprogramowaniu miał potwierdzać techniczną możliwość osiągnięcia tej funkcjonalności w toku realizacji przedmiotowego zamówienia. Tym samym w ocenie Izby nie może być tu mowy o ofercie wariantowej, ale to teście rozwiązania wymaganego treścią siwz. Tym samym w ocenie Izby zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, ani ewentualnego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 82 ust. 1 ustawy.

Z ostrożności zarzut dokonania przez zamawiającego oceny oferty Comarch i Asseco niezgodnie z kryterium oceny ofert w kryterium „Technologia” w zakresie oceny inteligentnych półek oraz „śluzy” RFID poprzez przyznanie Comarch w tym kryterium bezpodstawnie 30 pkt., a Asseco 25 pkt., co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 91 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzut ten jest pochodną zarzutu poprzedzającego i wynika z przekonania odwołującego Hadatap, że zamawiający zobowiązany był przeprowadzić test zgodności fizycznej lokalizacji teczek z lokalizacją wskazaną przez system oraz test sprawdzenia kompletności zamówień na takich samych urządzeniach, które będą przedmiotem oferty w niniejszym postępowaniu. Konsekwencją tej tezy odwołującego jest przyjęcie, że jeśli test był prowadzony na innych urządzeniach (w tym etykietach), to wykonawcy nie należą się punkty. Izba nie podziela tego przekonania odwołującego Hadatap. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający w sposób bardzo ścisły określił w siwz, kiedy nie przyzna punktów wykonawcom w ramach pokryteriów inteligentne półki i śluza RFID i są to niezgłoszenie półek/śluz do testów, zgłoszenie niepuktowanej ilości półek i niepowodzenie testu. Zamawiający zatem nie miał podstaw do odmowy przyznania punktów w innej niż opisana przez siebie sytuacji. Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania, pomimo że wykonawca Comarch złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a z ostrożności - zaniechanie wyjaśnienia złożonych przez Comarch dokumentów w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z 26 ust. 4 ustawy oraz zaniechanie wystąpienia do podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonywane do przedłożenia dodatkowych informacji i dokumentów zamawiającemu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z par. 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia jeżeli złożył on nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Natomiast norma art. 26 ust. 4 ustawy wskazuje, że zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, a więc dokumentów lub oświadczeń mających na celu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu albo wykazanie, że roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania zamawiającego. Przepis § 1 ust. 5 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231 ze zm.) stanowi, że w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 (wykazy robót, dostaw, usług) oraz ust. 2 (dowody potwierdzające ich należyte wykonanie), budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

W odwołaniu odwołujący podnosił, że wedle jego analizy treści oferty wykonawcy Comarch skoro wykonawca ten nie zadeklarował i nie wskazał z nazwy podwykonawcy, to legitymuje się własną wiedzą i doświadczeniem w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a skoro tak, to odwołującemu Hadatap jest wiadomo, że wykonawca Comarch nie posiada wymaganego doświadczenia, jak również, że członkowie grupy kapitałowej tego podmiotu nie chwalili się realizacją takich zleceń jak wymagane w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na dowód

czego odwołujący do pisma procesowego załączył zrzuty ekranów prezentujące wyniki poszukiwań w internecie zamówień realizowanych w technologii RFID. Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że w toku rozprawy zostało ujawnione, że przystępujący Comarch wykazał zamawiającemu swoją wiedzę i doświadczenie za pomocą zasobów udostępnionych mu przez inny podmiot, tym samym teza odwołującego, o tym, że sam przystępujący nie ma doświadczenia w realizacji zleceń w technologii RFID jest zgodna z rzeczywistością, jak i informacjami zawartymi przez tego wykonawcę w ofercie, tym samym w tym zakresie zarzut złożenia informacji nieprawdziwych był nietrafny. Natomiast, co do twierdzeń odwołującego o tym, że nie wiadomo mu, aby członkowie grupy kapitałowej realizowali technologię RFID, to choć wartość dowodowa przedstawionych przez samego odwołującego Hadatap jest znikoma z uwagi na to, że zrzuty ekranu nie zawierają elementu samego zapytania do wyszukiwarki wprowadzonego przez odwołującego, to jednak nawet z tych zrzutów wynika teza przeciwna twierdzeniom odwołującego, gdyż na przedostatniej stronie tych zrzutów znajdują się następujące wyniki dla Comarch (choć bez wskazania o którą spółkę Comarch chodzi) KB-02 Karta RFID – Wideodomofony – Comarch ERP e-sklep, Case Study: RFID – Kraft Foods- erp-view.pl, ERP, CRM – Zastosowanie rozwiązań RFID w produkcji i magazynowaniu (...) Lakma poczuła chemię do Comarch ERP Mobile Sprzedaż, czy Comarch aktywny w branży elektronicznej –ERP erp24.pl > AID-RFID-VMS. ERP24.pl – polski portal poświęcony IT w biznesie. Systemy ERP (MRP II), CRM, Business Intelligence (controlling i hurtownie danych), kadry i płace, RFID, AID. Przy czym Izba zwróciła uwagę, że dla HADATAP także zastosowania RFID pojawiają się jako usprawnienia systemów ERP, WMS (str. 1 zrzutów), podobnie na str. 3 zrzutów również wyniki wyszukiwania RFID wskazują na firmę Asseco w związku z systemami ERP (MRP II) CRM, Business Intelligence (controlling i hurtownie danych), kadry i płace, RFID, AID i WMS, PLM itp. Tym samym wbrew stanowisku odwołującego Hadatap wyszukiwanie technologii RFID w odniesieniu do którejś lub któryś spółek z grupy kapitałowej Comarch daje podobne rezultaty jak w odniesieniu do Hadatap i Asseco. Tym samym dowód ten nie pozwala na uznanie, że informacje zawarte w ofercie przystępującego Comarch są niezgodne z rzeczywistością. Co do zaniechania zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy w odniesieniu do dokumentów i oświadczeń złożonych przez przystępującego Comarch w ofercie, to zarzut ten jest nietrafny, gdyż w dniu 29 września 2015r. zamawiający zwracał się do przystępującego Comarch o wyjaśnienia właśnie dokumentów i oświadczeń złożonych w celu wykazania wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego przystępujący Comarch złożył w dniu 1 października 2015r. dołączając dodatkowy dowód w postaci oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby. Tym samym zarzut zaniechania zastosowania przez zamawiającego tegoż przepisu w odniesieniu do wykonawcy Comarch nie zasługuje na

uwzględnienie. W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania zwrócenia się przez zamawiającego do podmiotu na rzecz którego zostało zrealizowane wykazywane doświadczenie w trybie § 1 ust. 5 cyt. rozporządzenia, to Izba zwraca uwagę, że przepis ten ma charakter fakultatywny i nie stanowi obowiązku dla zamawiającego. Nadto ustawodawca zawarł w tym przepisie wytyczną, kiedy zastosowanie tego przepisu będzie uzasadnione i wskazał, że przepis ten stanowi o takiej możliwości zamawiającego tylko w sytuacji konieczności i to gdy na podstawie posiadanych dokumentów (wykazu, dowodów, poświadczeń, innych dokumentów) zamawiający nabierze wątpliwości, czy zamówienie zostało wykonane lub czy zostało wykonane należyście. W ocenie Izby na datę badania spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający dysponował tak wykazem, poświadczeniem podmiotu na rzecz, którego realizowano zlecenie, oświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby i jego zobowiązaniem, a także wyjaśnieniami przystępującego Comarch i z żadnego z tych dokumentów nie wynikało, że zamówienie nie zostało wykonane lub że są wątpliwości co do jego należytego wykonania, przeciwnie dokumenty wskazywały na pozytywną ocenę realizacji. Odwołujący zaś nie wykazał okoliczności przeciwnych. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, art. 26 ust. 4 ustawy ani też § 1 ust. 5 cyt. rozporządzenia.

Z ostrożności zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania, pomimo że wykonawca Comarch nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego w siwz doświadczenia, a tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z 24 ust. 2 pkt 4 ustawy

Zarzut jest gołosłowny i nie został wykazany. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w odwołaniu podniósł następującą argumentację: zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wypełnionego wykazu wykonanych usług z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączenia dowodów, czy zostały wykonane należyście (wg wzoru stanowiącego zał. nr 5 do siwz). Załączone do oferty Comarch dokumenty nie potwierdzają, że Comarch wykazał spełnienie omawianego warunku udziału w postępowaniu, bowiem zamówienie, które realizował nie odpowiada - w zakresie przedmiotowy oraz wartościowym, a także terminowym - wymaganemu przez zamawiającego powołanych postanowieniach siwz. Izba dokonała badania wykazu wykonanych usług objętego tajemnicą przez przystępującego Comarch i stwierdziła, że zarówno w zakresie wartościowym, przedmiotowym jak i terminowym z wykazu tego wynika, że wykonawca posiada udostępnione doświadczenie odpowiadające wymaganiom zamawiającego, potwierdzają to także wyjaśnienia złożone

przez przystępującego Comarch z dnia 1 października 2015r., oraz oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby. Izba stwierdziła również, że w warunku postawionym przez zamawiającego, zamawiający nie przesądził jednoznacznie o technologii, w jakiej ma być wykonane zamówienie, natomiast w wykazie nakazywał wykonawcom dokonać takiej konkretyzacji i u przystępującego nastąpiło wskazanie konkretnej technologii, co w ocenie Izby świadczy również o tym, że sporządzony wykaz nie był w zakresie przedmiotowym jedynie kopią wymagań zamawiającego postawionych w siwz. Wobec braku konkretyzacji postawionego zarzutu, jak również wobec faktu, że odwołujący Hadatap poza dowodami na okoliczność wykazania faktu, że spółki z grupy kapitałowej Comarch nie posiadają wdrożeń opartych o technologię RFID innych dowodów nie powoływał, a te powołane, nie potwierdzają postawionej tezy dowodowej, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Z ostrożności – zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy Comarch do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy.

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Odwołujący nie wykazał, że dokumenty złożone przez przystępującego Comarch w zakresie wykazania warunku wiedzy i doświadczenia zawierają błędy lub nie zostały złożone. Izba dokonując analizy złożonych przez przystępującego Comarch do oferty, a objętych tajemnicą dokumentów również nie stwierdziła, żeby któregokolwiek z wymaganych przez zamawiającego dokumentów brakowało, lub zawierał on błędy. W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Asseco z Postępowania, pomimo że wykonawca Asseco złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a z ostrożności - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Asseco z postępowania, pomimo że oferta wykonawcy Asseco w zakresie czytnika mobilnego nie spełnia wymagań siwz wynikających z standardów radiowych RRD UHF ETSI 302-208 w zakresie dopuszczalnej mocy, a tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;

Zarzut nie potwierdził się. Izba w tym miejscu odwołuje się do podstaw prawnych rozstrzygnięcia powołanych przy rozstrzyganiu wyżej opisanych zarzutów, nie widząc konieczności ponownego ich przytaczania. Izba za podstawę rozstrzygnięcia przyjęła przeprowadzony dowód z opinii Instytutu – Politechniki Warszawskiej przedstawiony tak w formie pisemnej jak i ustnej do protokołu rozprawy w dniu 7 grudnia 2015r. Izba oceniła ten dowód, wbrew stanowisku odwołującego Hadatap, za wyczerpujący, spójny i jednoznaczny, a nadto pozostający w zgodzie z materiałem dowodowym zgromadzony w sprawie. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Instytutu, że wskaźnik RSSI nie musi stanowić odzwierciedlenia mocy sygnału i przyczyna takiej sytuacji nie musi wiązać się wyłącznie z zaoferowaniem urządzenia o mocy niezgodnej z normą ETSI albo z niedopuszczalną modyfikacją oprogramowania. Izba oparła się w tym zakresie na następujących dokumentach treści załącznika nr 1 do siwz oraz rozdziału XXI kryteria oceny ofert, gdzie zamawiający zawarł z jednej strony wymaganie, aby czytnik spełniał standard radiowy: RFID UHF ETSI 302-208, częstotliwość: 865,6 – 867,6 MHz, standard protokołu: ISO 18000-6C, maksymalna moc radiowa (ERP): co najmniej 30 dBm (przy czym nie było sporne między stronami, że zgodnie z ETSI 302 208 wartością graniczną jest 2 W ERP (33 dBm ERP) i jednocześnie punktował

- a) RSSI lepsze niż -55 dBm - 1 pkt
- b) RSSI lepsze niż -50 dBm - 5 pkt
- c) RSSI lepsze niż -45 dBm - 10 pkt.

Oznacza to, że zamawiający zakładał, że rozbieżności pomiędzy wartościami pomiarów przy założeniu mocy maksymalnej promieniowania nadajnika pomiędzy 30 dBm (minimalny wymóg siwz), a 33 dBm (maksymalny wymóg z normy) może powodować różnice w pomiarach wartości RSSI w przedziale większym niż 10 dBm, czego żaden z wykonawców nie kwestionował, jako wartości niemożliwych do osiągnięcia na etapie przed upływem terminu składania ofert, ani nikt nie podnosił, że kryterium oceny stwarza jedynie iluzję oceny, gdyż nie jest możliwe przy zachowaniu mocy zgodnej z ESTI osiągnięcie RSSI na poziomie lepszym niż – 45 dBm. Z instrukcji użytkownika dla czytnika ręcznego CSL CS 101

EPC Class 1 Gen 2 RFID wynika, że urządzenie zaoferowane przez przystępującego Asseco ma moc maksimum 30 dBm. Nadto odwołującemu Hadatap nie jest znana wartość wyniku pomiaru uzyskanego przez urządzenie Comarch, gdyż wynik testów w tym zakresie objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący Hadatap założył, że skoro w informacji o wyniku postępowaniu dowiedział się o zerowej ocenie wykonawcy Comarch w tym kryterium, to wyniki odwołującego Hadatap i Comarch są do siebie zbliżone. Zdaniem odwołującego Hadatap rozbieżność wyników RSSI nie powinna być większa niż +/- 2 dBm, a gdy jest większa to prowadzi do wniosku, że wynik został zmanipulowany. Tym czasem również różnica pomiędzy wynikami Hadatap i Comarch nie mieści się w granicy błędu – czy też uśrednienia pomiaru wskazanej przez odwołującego Hadatap, ale jest znacznie większa. Tym samym na podstawie powyższych okoliczności Izba dała wiarę wyjaśnieniom biegłego, że uzyskanie poziomu RSSI -41 dBm było możliwe, gdyż nie można postawić znaku równości pomiędzy RSSI, a mocą sygnału odbicia i czytnik Asseco był zgodny z treścią siwz. W tym stanie rzeczy zarzut nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego nakazując odwołującemu zwrot tych kosztów zamawiającemu, zgodnie z jego żądaniem przedstawionym na rozprawie potwierdzonym złożonymi fakturami VAT.

Sygn. akt KIO 2261/15

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu Asseco w/w zastrzeżonych przez Comarch części oferty oraz elementów dokumentacji postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zarzut w części nie podlega rozpoznaniu jako spóźniony, a w części podlega oddaleniu. Izba w całości podtrzymuje argumentację przedstawioną w rozstrzygnięciu analogicznego zarzutu w sprawie sygn. akt KIO 2260/15 stwierdzając, że momentem, od którego odwołujący

Asseco mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania w zakresie postawionego zarzutu tj. o tym, że wykonawca Comarch zastrzegł określone dokumenty w swojej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a zamawiający odmówił odwołującemu Asseco do nich dostępu, odwołujący dowiedział się w dacie wglądu do ofert tj. 2 września 2015r., tym samym odwołanie wobec zaniechania odtajnienia przez zamawiającego informacji zastrzeżonych w ofercie Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa wniesione w dniu 16 października 2015r. zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy. Choć w przypadku odwołującego Asseco zamawiający wprost nie wyartykułował, że oceniła jako prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach, tak jak miało to miejsce w przypadku odwołującego Hadatap, to jednak należy zwrócić uwagę, że od 19 października 2014r. wykonawca ma obowiązek wykazać skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bezpośrednio w ofercie, a to w ocenie Izby oznacza, że zamawiający ma możliwość oceny tego wykazania już w dacie składania ofert. Zamawiający zapraszając wykonawców w dniu 31 sierpnia 2015r. od razu wskazywał im, że oferty będą dostępne w niepełnym zakresie, zatem odwołujący mógł powziąć wiadomość, że zamawiający zapoznając się z wyjaśnieniami uznał skuteczność zastrzeżenia. W konsekwencji Izba pozbawiona została możliwości oceny, czy zamawiający odmawiając dostępu do oferty Comarch w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa dopuścił się zaniechania niezgodnego w obowiązkiem ustawowym. Co do raportów z testów inteligentnych pótek i śluzu, to skoro sam odwołujący przyznaje w odwołaniu, że ich nie ma, to zadośćuczynienie żądaniu odwołania nie jest możliwe, a tym samym wydanie orzeczenia nakazującego taką czynność nie jest wykonalne. Co do raportów z testów znaczników, to znajdują się one w dokumentacji postępowania, przy czym jedynie raporty z testów znaczników dotyczące firmy Comarch jako konsekwencja zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do próbek, nie powinny być odwołującemu Asseco udostępnione (skoro skutecznie nie podważył zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w samej ofercie Comarch), natomiast raporty z testów znaczników konsorcjum Hadatap znajdują się w dokumentacji postępowania, a skoro oferta tego wykonawcy jest jawne, to te raporty też są jawne. Tym samym zamawiający bezzasadnie nie udostępnił odwołującemu Asseco tych dokumentów, jednakże odwołujący mając dostęp do jawnej oferty konsorcjum Hadatap, w tym próbek nie sformułował żadnego zarzutu wobec prawidłowości oceny tej oferty, nadto konsorcjum Hadatap zostało sklasyfikowane na dalszej pozycji rankingowej niż odwołujący Asseco, tym samym uwzględnienie zarzutu w tym zakresie nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. A tym samym zarzut na mocy art. 192 ust. 2 ustawy należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Comarch, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu

Zarzut jest przedwczesny. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący Asseco zakłada, że przystępujący Comarch polega na zasobach innego podmiotu najprawdopodobniej innej spółki z grupy kapitałowej Comarch z siedzibą w Polsce i uważa, że nie doszło do realnego udostępnienia takich zasobów, gdyż przystępujący Comarch nie zadeklarował podwykonawstwa w zakresie realizacji części zamówienia. Przystępujący Comarch potwierdził, że w zakresie zasobu wiedzy i doświadczenia korzysta z potencjału innego podmiotu, oraz, że nie zamierza korzystać z podwykonawstwa, uznał jednak, że błędna jest ocena przez odwołującego Asseco, że realne wykonanie przedmiotowego zamówienia wymaga udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia. W myśl art. 26 ust. 2b ustawy Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Istota sporu pomiędzy stronami sprowadza się do tego, czy możliwe jest rzeczywiste przekazanie zasobu doświadczenia bez jednoczesnego udziału w realizacji części zamówienia. Przede wszystkim Izba ocena czy inny sposób przekazania doświadczenia np. przez udzielenia porad, konsultacji, doradztwa czy wydelegowania osób, które to sposoby najczęściej wskazywane są w zobowiązaniach innych podmiotów, w tym konkretnym przypadku można uznać za wystarczające. Dla zbadania tego konieczne jest wzięcie pod uwagę natury i cech przedmiotowego zamówienia, typu usług oraz uprzedniego doświadczenia samego wykonawcy. Przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji, instalacja, konfiguracja i wdrożenie systemu zarządzania aktami z efektem finalnym wdrożenia i produkcyjnego uruchomienia systemu RFID, szkolenie użytkowników i administratorów, dostawa komponentów sprzętowych, udzielenie gwarancji, usługi utrzymania i wsparcia systemu, dostawa materiałów promocyjnych, organizacja dwóch konferencji. Tym samym przedmiot zamówienia ma charakter mieszany jest to w przeważającej mierze usługa informatyczna instalacji, konfiguracji i wdrożenia systemu informatycznego oraz jego integracji z urządzeniami RFID oraz dostawy tych urządzeń, usługami dodatkowymi są szkolenia, usługi wsparcia i utrzymania oraz konferencje. Wiedzą

powszechnie dostępną jest fakt, że przystępujący Comarch Polska jest spółką branży informatycznej i jednocześnie jak wynika z przebiegu rozprawy w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego w niniejszym postępowaniu korzysta z doświadczenia innego podmiotu. Zamawiający wymagał doświadczenia związanego z systemami kodowania, identyfikacji i kontroli ruchu zarządzania dla obiektów papierowych, dokumentów z wykorzystaniem technologii znakowania dokumentów możliwymi do identyfikacji na odległość przez czytnik, w tym system odczytu umożliwiający identyfikację wielu etykiet znajdujących się jednocześnie w polu odczytu obejmujących co najmniej 100 000 obiektów papierowych. Tym samym dla zamawiającego kluczowe dla należytego wykonania zamówienia było wdrożenie i produkcyjne uruchomienie systemu RFID i w tym zakresie weryfikował doświadczenie. Z części jawnej oferty wynika, że przystępujący Comarch nie jest producentem urządzeń, z którymi ma być zintegrowany system zarządzania aktami. Biorąc powyższe pod uwagę oraz opierając się na załączniku nr 8 do pisma z dnia 9 listopada 2015r. tj. na zdaniu 2 akapitu 2 oraz pkt. 2) tego oświadczenia Izba uznała, że wbrew stanowisku przystępującego Comarch udostępniający jest przekonany o tym, że przystępujący posiada wystarczające doświadczenie dla realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby zatem udostępnienie to ma charakter formalny. Nadto w ocenie Izby udostępnienie warunków posiadania wiedzy i doświadczenia w tym konkretnym przypadku, kiedy przystępujący nie jest producentem urządzeń, ani nie wdrażał systemu RFID, nie może nastąpić realnie w inny sposób niż przez wykorzystanie zasobów podmiotu udostępniającego w bezpośredni sposób w celu należytego wykonania zamówienia. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że rację ma odwołujący Asseco, że nie doszło do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca Comarch nie wykazał realnego udostępnienia zasobu doświadczenia. Niemniej jednak zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, w ocenie Izby jest przedwczesny, gdyż zamawiający nie wzywał tegoż wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Comarch, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że wyklucza się z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący tych nieprawdziwych informacji upatruje w fakcie wykazania doświadczenia udostępnionego przez CA Consulting lub inną spółkę z grupy kapitałowej Comarch oraz w fakcie wykazania, że producentem stacji

roboczej, stanowiska kodowania dokumentów, stanowiska stołowego wydawania i przyjmowania dokumentów, skanera wózków z aktami, inteligentnego regału oraz transponderów RFID jest firma CA Consulting. W zakresie pierwszego z zarzutów odwołujący wskazywał na brak pozytywnych rezultatów wyszukiwania RFID w połączeniu z CA Consulting, a także na swoją znajomość branży wdrożeń RFID potwierdzoną informacjami o wyniku postępowań dotyczących technologii RFID z rynku polskiego, wśród których o udzielenie zamówienia nie ubiegały się ani go nie uzyskały podmioty z grupy kapitałowej Comarch. W zakresie wyników wyszukiwania „RFID+CA Consulting”, to Izba uznała, że wobec faktu, że wykazane przez przystępującego Comarch doświadczenie nie jest doświadczeniem udostępnionym przez firmę CA Consulting, to takie dane nie mogą stanowić dowodu na złożenie nieprawdziwych oświadczeń przez przystępującego Comarch w wykazie wykonanych usług. W tym zakresie również wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z zeznań członków zarządu firmy CA Consulting na okoliczność wykazania faktu, że CA Consulting nie wykonał wdrożenia systemu RFID, był nieprzydatny do udowodnienia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. W zakresie zaś dowodów z informacji o wyniku postępowań o udzielenie zamówień publicznych z zakresu technologii RFID, to również te dowody nie dowodzą złożenia przez przystępującego Comarch nieprawdziwych informacji w złożonej ofercie, gdyż udostępnione doświadczenie nie dotyczy zamawiającego publicznego, stąd przeprowadzony dowód ograniczony tak terytorialnie (do zamówień z Polski) jak i podmiotowo nie może stanowić dowodu wystarczającego do przyjęcia, że doszło do złożenia nieprawdziwych informacji. Wnioskowany na rozprawie w dniu 7 grudnia 2015r. wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków w osobach członków zarządu spółki udostępniającego przystępującemu Comarch zasoby, Izba oceniła jako spóźniony, gdyż już w odwołaniu odwołujący Asseco twierdził, że żaden z członków grupy kapitałowej Comarch nie posiada doświadczenia wymaganego przez zamawiającego, które mogło być przedmiotem udostępnienia. Nadto Izba oparła się o dowody dołączone przez przystępującego Comarch tak do wyjaśnień z dnia 1 października 2015r. oraz dowody dołączone do pisma procesowego przystępującego z dnia 9 listopada 2015r. tj. o pismo z 29 października 2015r. stanowiące załącznik nr 8 do pisma procesowego, które wskazują na zakres przedmiotowy wdrożenia, jego wartość oraz okoliczności i warunki udostępnienia. Jak również wzięła pod uwagę fakt, iż odwołujący Hadatap w sprawie sygn. akt KIO 2260/15 (który jednocześnie przystąpił w niniejszej sprawie po stronie odwołującego Asseco) przedstawił zrzuty z ekranów, z których wynika, że jakaś spółka z grupy Comarch stosowała technologię RFID przynajmniej na potrzeby magazynowe i w systemach ERP. Dokument ten nie stanowi wprawdzie znacznej wartości dowodowej z uwagi na brak kryteriów wyszukiwania, a także na brak szerszej informacji o zastosowaniu technologii RFID na potrzeby systemów ERP i magazynowania, tak aby możliwe było

ustalenie czy tak ewentualnie uzyskane doświadczenie odpowiada wymaganiom zamawiającego. Niemniej jednak dowód ten poddaje w wątpliwość wiarygodność tezy odwołującego, że żadna ze spółek grupy kapitałowej Comarch nie wdrożyła systemu RFID. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrzyła się złożenia przez przystępującego Comarch nieprawdziwej informacji w zakresie wykazanego doświadczenia. Z kolei konfrontując dowody zgromadzone w niniejszej sprawie dotyczące tezy odwołującego o tym, że CA Consulting nie jest producentem urządzeń oferowanych w niniejszym postępowaniu, to Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący tezę tę opiera na negatywnych wynikach wyszukiwania w wyszukiwarce internetowej określonych modeli produktów w ogóle, jak i u CA Consulting oraz na kosztach i wyglądzie u innych producentów linii produkcyjnych, jak również braku kodów PKD dotyczących produkcji w odpisie z KRS dla CA Consulting złożonym przez odwołującego. Co do kodów PKD, to dowód ten należy ocenić jako niewystarczający do uznania, że doszło do złożenia nieprawdziwych informacji z następujących powodów przystępujący przedstawił jako dowód przeciwny wcześniejszy odpis z KRS dla CA Consulting, w którym wskazane przez odwołującego kody PKD dotyczące produkcji były ujawnione, jak również wskazał na treść art. 40 ustawy o KRS, zgodnie z którym w dziale 3 rejestru przedsiębiorców zamieszcza się następujące dane: 1) przedmiot działalności według Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) – nie więcej niż dziesięć pozycji, w tym jeden przedmiot przeważającej działalności na poziomie podklasy, z tym że w przypadku oddziałów przedsiębiorców zagranicznych, głównych oddziałów zagranicznych zakładów ubezpieczeń oraz głównych oddziałów zagranicznych zakładów reasekuracji przedmiot działalności i przedmiot przeważającej działalności określa się dla oddziału. Tym samym fakt, że dany przedsiębiorca nie ma ujawnionego konkretnego kodu PKD w odpisie z KRS nie oznacza, że nie prowadzi działalności w takim zakresie, nadto przystępujący Comarch przedstawił dowody z odpisów z KRS dla dwóch przedsiębiorców będących producentami tj. z odpisu z KRS dla Dekor Media sp. z o.o. wynika, że w ramach PKD podmiot ten nie ma wpisanej działalności o kodach PKD 26.12Z, PKD 26.20.Z, PKD 26.30.Z. i z odpisu z KRS dla Comex sp. z o.o. wynika, że w ramach PKD podmiot ten nie ma wpisanej działalności o kodach PKD 26.12Z, PKD 26.20.Z, PKD 26.30.Z., mimo że sam odwołujący Asseco wskazywał te podmioty jako posiadające linie produkcyjne do produkcji znaczników. Również dowody dotyczące wartości zakupu linii produkcyjnej Izba i zdjęć takiej linii u innych producentów Izba oceniła jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia, albowiem nie dowodzą, że CA Consulting nie ma linii produkcyjnej, nadto zamawiający nie postawił wymogu posiadania własnej linii produkcyjnej. Co więcej ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że CA Consulting prowadzi działalność produkcyjną, co Izba ustaliła w oparciu o dowody stanowiące załączniki nr 3, 4, 5, 6, 10 do pisma procesowego przystępującego z 9 listopada 2015r. oraz faktem, że w aktach postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego znajdują się próbki oznaczone tabliczkami znamionowymi wskazującymi na modele podane w formularzu ofertowym, a nadto zgodne z numerami seryjnymi podanymi w części niejawnej. W tym stanie rzeczy w ocenie Izby zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego Comarch z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, co do wyprodukowania modeli wskazanych w formularzu ofertowym przez CA Consulting nie został wykazany. Izba wprawdzie nie dopuściła dowodu z przesłuchania członków zarządu firmy CA Consulting na okoliczność wykazania dysponowania linią produkcyjną, jednak osoby te złożyły pisemne oświadczenia w załącznikach nr 2, 4, 7 do pisma procesowego przystępującego Comarch z dnia 9 listopada 2015r. Izba, mając świadomość zasady bezpośredniości materiału dowodowego przed Izbą, dowodom tym nie nadała rozstrzygającego znaczenia, nie mniej wzięła je pod uwagę, w takim zakresie w jakim pokrywały się one z innymi dowodami zgromadzonymi w niniejszej sprawie. Tym samym w ocenie Izby nawet dopuszczenie wnioskowanego dowodu, choć w ocenie Izby nie mającego istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, nie wpłynęłoby w sposób znaczący na zmianę oceny stanu faktycznego przez Izbę i jego konsekwencje prawne dla oceny zasadności zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy, przez zaniechanie wezwania Comarch do złożenia wyjaśnień w zakresie „Wykazu wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie”

Zarzut nie potwierdził się. norma art. 26 ust. 4 ustawy wskazuje, że zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, a więc dokumentów lub oświadczeń mających na celu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu albo wykazanie, że roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania zamawiającego. Co do zaniechania zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy w odniesieniu do dokumentów i oświadczeń złożonych przez przystępującego Comarch w ofercie, to zarzut ten jest nietrafny, gdyż w dniu 29 września 2015r. zamawiający zwracał się do przystępującego Comarch o wyjaśnienia właśnie dokumentów i oświadczeń złożonych w celu wykazania wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego przystępujący Comarch złożył w dniu 1 października 2015r. dołączając dodatkowy dowód w postaci oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby. Tym samym zarzut zaniechania zastosowania przez zamawiającego tegoż przepisu w odniesieniu do wykonawcy Comarch nie zasługuje na uwzględnienie.

Z ostrożności procesowej zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie wezwania Comarch do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut potwierdził się. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Odwołujący Asseco wykazał, że dokumenty złożone przez przystępującego Comarch w zakresie wykazania warunku wiedzy i doświadczenia zawierają błędy tj. nie potwierdzają realności udostępnienia potencjału doświadczenia. Izba dokonując analizy złożonych przez przystępującego Comarch do oferty, a objętych tajemnicą dokumentów również stwierdziła, że wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami do niego dołączonymi zawiera w tym zakresie braki, co w konsekwencji potwierdziło zasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Zarzut jest niezasadny. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy jeżeli treść tej oferty nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący Asseco dowodzi niezgodności treści oferty przystępującego Comarch, gdyż wedle wiedzy odwołującego Asseco do testów inteligentnych półek przedstawiono półki nie spełniające wymagań siwz. Izba oceniła zarzut jako nietrafny z następujących względów:

Sam odwołujący Asseco potwierdził, że przedmiotem zamówienia nie była dostawa inteligentnych półek czy regałów, a skoro tak, to nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią siwz, gdy dany element nie jest objętych zamówieniem

Przedstawienie wykonanych przez wykonawcę inteligentnych półek nie było obligatoryjne, Brak przedstawienia do testów inteligentnych półek wywoływał jedynie skutek w postaci nieprzyznania punktów.

W konsekwencji Izba uznała, że nawet gdyby nie przedstawiono półek do testów w ogóle nie powodowałoby to niezgodności z treścią siwz, tym samym nawet przedstawienie półek wadliwych czy nieprzechodzących testów nie mogło powodować odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a jedynie mogło mieć znaczenie dla oceny ofert.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 i art. 96 ust. 2 ustawy, przez ocenę oferty Comarch w kryterium „Technologia” z naruszeniem zasad oceny ofert określonych w siwz dla tego kryterium, tj. przyznanie 10 punktów w podkryterium „przedstawienie do testu wdrożonych przez Wykonawcę inteligentnych półek”

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast ust. 2 stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Natomiast przepis art. 96 ust. 3 ustawy wskazuje, że protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba podtrzymuje argumentację zawartą w uzasadnieniu rozstrzygnięcia sprawy sygn. akt KIO 2260/15. Odwołujący Asseco wskazywał, że test przeprowadzony na półkach, które w ocenie odwołującego Asseco nie odpowiadają postanowieniom siwz powodowałby oderwanie postawionego kryterium oceny ofert od przedmiotu zamówienia i jako takie byłoby niedopuszczalne. Przy czym Izba zwróciła uwagę na fakt, że z załącznika nr 1 do umowy nie wynikają szczegółowe wymiary, a w szczególności wysokość półek, które zamawiający będzie wymagał w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, co więcej zamawiający oświadczył, że przedmiotem zamówienia nie jest dostawa inteligentnych półek, a w konsekwencji nie zachodzi ryzyko, że zamawiający będzie musiał się godzić na dostawę pseudo - półek. Ponadto w opisie kryterium oceny ofert zamawiający nie zawarł żadnych wymagań szczegółowych, co do właściwości półek, które mają być przedstawione do testów,

zatem żądanie przez odwołującego Asseco, aby obecnie zamawiający kierował się dodatkowymi wymaganiami, nie wyartykułowanym w siwz przy przeprowadzaniu testu, jest w ocenie Izby niedopuszczalne i w rzeczywistości stanowi spóźniony zarzut wobec treści siwz. Nadto zarzut oparty jest jedynie o przypuszczenia odwołującego Asseco, który sam oświadczył w odwołaniu, że „Według najlepszej wiedzy odwołującego Asseco - Comarch do testów przedstawił ponad 100 półek, a raczej „półeczek” - gdyż były to pseudo-półki, o szerokości nie większej niż 5 centymetrów. A zatem do testów przedstawiono półki, które nie są zgodne z wymaganiami siwz, gdyż nie mogą na nich zostać umieszczone teczki z aktami sądowymi. Przedstawione zamawiającemu do przetestowania „inteligentne pseudo-półki” w znaczny sposób odbiegały zatem od standardów archiwalnych, był to bowiem jedynie model półki - a nie prawdziwa inteligentna półka. Przedstawione półki miały mniejszy rozmiar, niemetalowe wykonanie, brak oznakowanych tagami RFID teczek z aktami w ilości ok 80 akt na półce. Z kolei siwz (pkt 2.6., strona 13 siwz) wymagał dostarczenia „inteligentnych półek” a nie „modelu inteligentnych półek.” Nie wiadomo skąd odwołujący czerpał tę wiedzę. W ocenie Izby przedmiotem testu był test oprogramowania umożliwiającego lokalizację teczek na półce i odwołujący nie wykazał, że wymiary półki mają wpływ na działanie lub skuteczność działania takiego oprogramowania. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrywała się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 91 ust.1 i 2 ustawy oraz art. 96 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, tj. czynu określonego w art. 3 ust. 2, art. 10 ust. 1 i art. 14 ust. 1 UoZNK,

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zatem dla zaistnienia podstawy odrzucenia należałoby ustalić, czy złożenie oferty narusza prawo lub dobre obyczaje stanowiąc jednocześnie co najmniej zagrożenie dla interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący Asseco dopatrywał się czynu nieuczciwej konkurencji w złożeniu przez przystępującego Comarch oferty, choć wykonawca ten posługuje się nieprawdziwym doświadczeniem innego podmiotu sam nie posiadając odpowiedniego doświadczenia. W ocenie Izby takie działanie mogłoby być ewentualnie kwalifikowane jako sprzeczne z dobrymi obyczajami, gdyż sam fakt posługiwania się przez wykonawcę niedoświadczonego doświadczeniem innego podmiotu jest zgodny z prawem – art. 26 ust. 2 b ustawy. Izba jednocześnie analizując zarzut nieprawdziwości informacji o udostępnionym doświadczeniu stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. W ocenie Izby zatem skoro posłużenie się cudzym doświadczeniem jest dopuszczalne prawnie, a brak jest uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że podmiot udostępniający tego doświadczenia nie

ma, to takie działanie w ocenie Izby nie może być uznane za naruszające dobre obyczaje. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się złożenia oferty przystępującego Comarch w czynie nieuczciwej konkurencji rozumianej jako naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy.

W dalszej kolejności odwołujący Asseco uważał, że przystępujący Asseco dopuścił się wprowadzającego w błąd oznaczenia towarów oraz upowszechnił nieprawdziwe wiadomości o przedsiębiorcy CA Consulting dotyczące wytwarzanych przez tego przedsiębiorcę towarów.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 1993 Nr 47 poz. 211 z późn. zm. – dalej uznk) czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. W myśl art. 10 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Natomiast przepis art. 14 ust. 1 uznk stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Przykładowy katalog wiadomości, które mogą wprowadzać w błąd zawiera ust. 2 i są to w szczególności wiadomości o:

- 1) osobach kierujących przedsiębiorstwem;
- 2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach;
- 3) stosowanych cenach;
- 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej.

Rozpowszechnianiem wiadomości, nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd, jest również w myśl ust. 3 posługiwanie się:

- 1) nieprzystługującymi lub nieściśłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników;
- 2) nieprawdziwymi atestami;
- 3) nierzetelnymi wynikami badań;
- 4) nierzetelnymi informacjami o wyróżnieniach lub oznaczeniach produktów lub usług.

W ocenie Izby wskazanie przez przystępującego Comarch – CA Consulting jako producenta urządzeń wskazanych w formularzu ofertowym znajduje oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym. W szczególności dowody przedstawione przez odwołującego Asseco nie uprawdopodobniły w sposób dostateczny, że CA Consulting nie prowadzi produkcji. Dowody te nie okazały się wystarczające w zestawieniu z dowodami dołączonymi przez przystępującego Comarch do pisma z dnia 9 listopada 2015r. stanowiącymi załączniki nr 3, 4, 5, 6, 10. Dowody te świadczą, że CA Consulting prowadzi działalność polegającą na produkcji urządzeń elektronicznych stosowanych w branży IT. Tym samym w ocenie Izby oznaczenie urządzeń wskazanych w formularzu ofertowym przystępującego Comarch nie było oszukańczym oznaczeniem towaru, ani nie rozpowszechniało nieprawdziwych wiadomości o CA Consulting. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się dopuszczenia się przez złożenie przez przystępującego Comarch czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 10 ust. 1 i art. 14 ust. 1 uznk, a w konsekwencji nie dopatrzyła się zaniechania zamawiającego polegającego na niezastosowaniu wobec oferty przystępującego Comarch normy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zarzut dokonania przez zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na wyborze oferty Comarch jako oferty najkorzystniejszej

Zarzut potwierdził się. Wobec uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie wobec oferty przystępującego Comarch i zaniechanie w tym zakresie wezwania przystępującego Comarch do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. posiadania doświadczenia, Izba oceniła, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił przedwcześnie tj. z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy, gdyż za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy, którego status jako podmiotu nie podlegającego wykluczeniu był wątpliwy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 2 pkt 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci

uiszczonego wpisu od odwołania nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący: