

WYROK

z dnia 19 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2018 r. przez wykonawcę Comarch Healthcare S.A., Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. A. Falkiewicza we Wrocławiu, ul. Warszawska 2, 52-114 Wrocław

przy udziale wykonawców Konsorcjum firm: 1) Asscco Poland SA (Lider Konsorcjum), 2) Technet Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum), ul. Żwirki i Wigury 38 lok 7/8, 26-600 Radom; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Comarch Healthcare S.A., Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Comarch Healthcare S.A., Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Comarch Healthcare S.A., Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. A. Falkiewicza we Wrocławiu, ul. Warszawska 2, 52-114 Wrocław kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) 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:

Sygn. akt KIO 1808/18

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „Dostawę i wdrożenie SSI (Szpitalnego Systemu Informatycznego) oraz Infrastruktury Sprzętowej w ramach projektu pn. „Wdrożenie systemu do gromadzenia i przekazywania elektronicznej dokumentacji medycznej, systemów bezpieczeństwa oraz systemu wewnątrzadministracyjnego dostosowanego do wymagań podmiotów leczniczych na terenie województwa dolnośląskiego” w ramach Osi Priorytetowej nr 2 „Technologie informacyjno-komunikacyjne” Działanie nr 2.11. „E-usługi publiczne” Poddziałania nr 2.1.1. „E-usługi publiczne - konkursy horyzontalne” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego 2014-2020”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2018/S 098 - 223169 z 25.05.2018 r., przez Szpital Specjalistyczny im. A. Falkiewicza we Wrocławiu, ul. Warszawska 2, 52-114 Wrocław zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 31.08.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - w części pierwszej - Konsorcjum Assecq oraz odrzuceniu oferty Comarch Healthcare SA, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zwany dalej: „Comarch Healthcare SA” albo „Odwołującym” na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp”. Stwierdził, że: „Zgodnie z rozdziałem IX ust. 6 oraz wniesionymi modyfikacjami do SIWZ, Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowana Infrastruktura Sprzętowa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wymagał dołączenia do oferty, wszelkich oświadczeń i dokumentów wymienionych w załączniku nr 2A, tj.:

a) Serwer bazodanowy:

- oświadczenie producenta oferowanego serwera, potwierdzające pochodzenie oferowanego serwera z oficjalnego kanału dystrybucyjnego producenta dokument poświadczający, że sprzęt jest produkowany zgodnie z normami ISO 9001 oraz ISO 14001
- deklaracja zgodności CE

b) Zestaw komputerowy z monitorem i oprogramowaniem:

- wynik z testu przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji, potwierdzającego osiągnięcie przez oferowany zestaw komputerowy wymaganego wyniku całkowitego Rating - min. 1500 punktów (wynik w postaci wydruku z programu Sysmark 2014, dopuszcza się przeprowadzenie testów na oferowanym zestawie bez zewnętrznej karty grafiki)
- dokument poświadczający, że jednostka centralna jest produkowany zgodnie z normami ISO 9001 oraz ISO 14001
- deklaracja zgodności CE dla jednostki centralnej
- informacje o dedykowanej stronie internetowej producenta jednostki centralnej z dostępem do najnowszych sterowników i uaktualnień, realizowane poprzez podanie numeru seryjnego/modelu urządzenia (link strony www)
- dokument potwierdzający, że oferowany monitor posiada certyfikat TCO (dopuszcza się wydruk ze strony internetowej <http://teodevelopment.com> podpisany za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę) certyfikat ISO9241-307 dla zaoferowanego monitora
- dokument potwierdzający (np. certyfikat) spełnienie wymogów normy min. Energy Star 6.0 dla oferowanego monitora

c) Drukarki typ 1 oraz typ 2:

- oświadczenie producenta, że serwis będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez producenta

d) Drukarki typ 3:

- certyfikat ISO 9001 oraz ISO 20000 na świadczenie usług serwisowych
- oświadczenie producenta, że serwis będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez producenta

e) Drukarka kodów kreskowych:

- certyfikat ISO9001 na świadczenie usług serwisowych
- oświadczenie producenta, że serwis będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez producenta

Wykonawca Comarch Healthcare SA złożył ofertę w dniu 13.08.2018r., jednak do przedłożonej oferty nie zostały załączone w/w oświadczenia i dokumenty. W związku

z powyższym, Zamawiający w dniu 14.08.2018 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wymaganych dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, równocześnie wskazując, że zgodnie z rozdziałem IX ust. 16 SIWZ postępowanie o udzieleniu zamówienia prowadzone jest w języku polskim i wskazane do uzupełniania oświadczenia i dokumenty sporządzone w języku obcym powinny zostać złożone wraz z tłumaczeniem na język polski. W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, Wykonawca złożył uzupełnienie do oferty. W toku badania uzupełnionych oświadczeń i dokumentów, Zamawiający stwierdził brak następujących oświadczeń i dokumentów, których Zamawiający wymagał w „Wezwaniu do uzupełnienia dokumentów” z dnia 14.08.2018r., tj.:

- informacje o dedykowanej stronie internetowej producenta jednostki centralnej z dostępem do najnowszych sterowników i uaktualnień, realizowane poprzez podanie numeru

serijnego/modelu urządzenia (link strony www)

- certyfikat ISO9241-307 dla zaoferowanego monitora
- certyfikat ISO 20000 na świadczenie usług serwisowych w odniesieniu do drukarki typ 3
- oświadczenie producenta, że serwis zaoferowanych drukarek typ 3, będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez producenta. Złożone w uzupełnieniu oświadczenie jest oświadczeniem Wykonawcy, a nie producenta zaoferowanych drukarek typ 3. Z przedłożonego oświadczenia nie wynika, że

Wykonawca jest Autoryzowanym Partnerem Serwisowym producenta zaoferowanych drukarek typ 3 i że serwis będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez producenta. Jednocześnie Wykonawca nie załączył wraz z uzupełnieniem tłumaczeń na język polski następujących dokumentów sporządzonych w języku angielskim:

- deklaracja zgodności CE dla zaoferowanego serwera bazodanowego,
- wyniku z testu przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji, potwierdzającego osiągnięcie przez oferowany zestaw komputerowy wymaganego wyniku całkowitego Rating,
- deklaracja zgodności CE dla zaoferowanej jednostki centralnej,
- dokument potwierdzający, że zaoferowany monitor posiada certyfikat TCO,
- dokument potwierdzający spełnienie wymogów normy min. Energy Star 6.0 dla zaoferowanego monitora,
- certyfikat ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych w odniesieniu do drukarki kodów kreskowych. Należy wskazać, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, Zamawiający precyzyjnie określił jakich dokumentów i oświadczeń brakuje w ofercie Wykonawcy oraz w jaki sposób powinny być uzupełnione. Mimo tego Wykonawca nie uzupełnił wszystkich wskazanych w wezwaniu dokumentów oraz nie dołączył tłumaczeń do język polski, choć Zamawiający wskazał w wezwaniu, że postępowanie prowadzone jest w języku polskim i wszelkie dokumenty sporządzone w języku obcym powinny być załączone wraz z tłumaczeniem na język polski. W związku z powyższym brak jest potwierdzenia, że zaoferowana Infrastruktura Sprzętowa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego

w SIWZ”.

W dniu 10.09.2018 r. wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Comarch Healthcare SA wniosła odwołanie na czynność z 31.08.2018 r. - dotyczy części pierwszej. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.09.2018 r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu:

1. błędnym uznaniu przez Zamawiającego, iż Formularz Ofertowy Konsorcjum wraz z załącznikami, złożone w części pierwszej, w szczególności zestawienie oferowanego sprzętu i oprogramowania oraz oświadczeń, dokumentów potwierdzających, że Infrastruktura sprzętowa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a Konsorcjum prawidłowo zastrzegło w/w dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, czego skutkiem było nieuprawnione utajnienie przez Zamawiającego w/w dokumentów, a także brak odtajnienia w/w dokumentów zgodnie z wnioskiem Odwołującego z 23.08.2018 r. i udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu zgodnie z tym wnioskiem, przez co Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwanej dalej: „UZNK”, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelną zasady prawa zamówień publicznych tj. zasady jawności postępowania oraz naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędne uznanie j/w, nieuzasadnione utajnienie w/w dokumentów, a także brak odtajnienia w/w dokumentów i udostępnienia tych dokumentów zgodnie z wnioskiem Odwołującego, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu dokonania weryfikacji oceny oferty, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum w części pierwszej, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK i wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej oferty w części pierwszej, przez co Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 2 UZNK, a także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 Pzp.

3. bezzasadnym odrzuceniu prawidłowo złożonej oferty Odwołującego w części pierwszej, jako niespełniającej wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, a także nieuznanie wyjaśnień i uzupełnień Odwołującego za wystarczające wobec nadmiernych i utrudniających konkurencję wymogów zawartych w SIWZ, przez co Zamawiający naruszył w szczególności art. 7 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

4. zaniechaniu unieważnienia postępowania w części pierwszej, w sytuacji gdy postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na takim skonstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia, a w szczególności zaniechaniu modyfikacji ustalonego na dzień 27.10.2018 r. terminu realizacji zamówienia, który jest niemożliwy do realizacji, przez co Zamawiający naruszył art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, oraz wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu Formularza Oferty Wykonawcy w całości wraz z załącznikami, oraz

2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

4. ponowienia czynności oceny i wyboru ofert,

5. lub unieważnienia postępowania w części pierwszej. Wnosił także o przeprowadzenie dowodu z:

1. pisma z 9.08.2018 r. skierowanego do Zarządu Konica Minolta;

2. pisma z 17.08.2018 r. skierowanego do Zarządu Odwołującego.

[Bezzasadna odmowa odtajnienia oferty Wykonawcy]

Odwołujący wskazał, iż do dnia wniesienia niniejszego odwołania nie otrzymał od Zamawiającego odpowiedzi na pismo z 23.08.2018 r., którym żądał odtajnienia Formularza Ofertowego Konsorcjum wraz z załącznikami. Odwołujący podtrzymuje stanowisko, iż utajnione przez Wykonawcę informacje, a w szczególności zestawienie oferowanego sprzętu i oprogramowania oraz oświadczenia, dokumenty potwierdzające, że infrastruktura sprzętowa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, są integralną częścią Formularza Ofertowego i nie podlegają tajemnicy przedsiębiorstwa jako informacje ogólnie

dostępne na rynku. Informacje zawarte w Formularzu Ofertowym (a w szczególności specyfikacja oferowanego oprogramowania) są bezpośrednio dostępne na stronach producenta sprzętu i w kartach katalogowych, a specyfikacja oferowanego oprogramowania jest bezpośrednio przedstawiona na stronach Asseco Poland SA. Odwołujący podnosił, iż nieuprawnione jest twierdzenie Wykonawcy, iż sprzęt ma charakter unikatowy. Sprzęt nie jest produkowany wyłącznie na potrzeby zamówienia (a inne twierdzenia Wykonawcy należy uznać za spóźnione), jest sprzętem dostępnym na rynku, powtarzalnym, będącym przedmiotem powszechnego obrotu. Jednocześnie Wykonawca nie twierdzi (a ewentualna konwalidacja tego zaniechania jest również spóźniona), iż to zestawienie sprzętu lub konfiguracja ma charakter unikatowy, autorski. Taka teza nie wynika w szczególności z treści złożonego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa - wątek unikalności, specjalności etc. zaproponowanego zestawienia i konfiguracji w ogóle nie pojawia się w oświadczeniu Wykonawcy in concreto w odniesieniu do zaoferowanego przezeń zestawienia sprzętu lub konfiguracji. Kwestia ta - pojmowana w dodatku abstrakcyjnie - pojawia się jedynie szcątkowo w cytowanych wybiórczo w uzasadnieniu orzeczeniach, które jednak nie stanowią oświadczenia Wykonawcy co do oferowanego przezeń przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do przesłanki poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, sam Wykonawca twierdzi, iż to nie same nazwy zaoferowanych produktów mają charakter poufny, ale ich wspólne zestawienie W konsekwencji sam Wykonawca przyznał, iż nazwy zaoferowanych produktów nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa - gdyż nie spełniają wymogu poufności. W takim przypadku - nie ma absolutnie żadnych podstaw do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Choćby i tylko z tych powodów Zamawiający winien był ocenić, iż tak sformułowane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest skuteczne - wszak po pierwsze Wykonawca wcale nie twierdzi, że zestawienie sprzętu i konfiguracja są w jakiś sposób wyjątkowe (czyli Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, iż są to konkretne, mogące podlegać ochronie, rozwiązania), ale wskazuje, iż stanowią preferowaną konfigurację sprzętu, po drugie Wykonawca z własnej woli nie objął tym zastrzeżeniem nazw zaoferowanego sprzętu, gdyż jak sam wskazał nie są poufne. Skutkiem wnikliwej analizy oświadczenia Wykonawcy winno być więc udostępnienie Odwołującemu całości oferty Konsorcjum. Jednocześnie Wykonawca wskazał, iż ujawnienie detali nt. zestawienia sprzętu czy też producentów spowoduje, że znacznie spadnie pozycja konkurencyjna Wykonawcy: Tym samym Wykonawca de facto twierdzi, iż to informacja dotycząca detali czy producentów ma wartość gospodarczą, a nie wykaz oferowanego sprzętu wraz z dokumentami potwierdzającymi, że infrastruktura sprzętowa odpowiada wymaganiom Zamawiającego oraz wykaz osób, jako całość. Stąd też - nawet gdyby próbować przyjąć możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ten sposób i w tym zakresie - skuteczne zastrzeżenie powinno być ograniczone do starannie wyselekcjonowanych detali nt. zestawienia sprzętu czy też producentów. Tym samym niedopuszczalne jest zaakceptowanie przez Zamawiającego pójsicia po najmniejszej linii oporu, jak uczynił to Wykonawca w niniejszym postępowaniu, zastrzegając całość Formularza Ofertowego wraz z załącznikami. Wykonawca podnosił również, iż ujawnienie informacji spowoduje, że spadnie jego pozycja konkurencyjna - niemniej twierdzenie to nie jest poparte jakąkolwiek dalszą argumentacją. Sama zaś teza de facto stanowi parafrazę definicji tajemnicy przedsiębiorstwa (w zakresie, w jakim mówi ona wartości gospodarczej posiadanej informacji) - czyli innymi słowy Wykonawca mówi Zamawiającemu: zestawienie jest tajemnicą przedsiębiorstwa, albowiem..., spełnia definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie ogólne zastrzeżenie jest nieskuteczne, gdyż brak w nim odniesienia do konkretnego stanu faktycznego.

Według Wykonawcy - z wykazu zaoferowanego sprzętu i dokumentów wymaganych w zał. 2A konkurencja będzie mogła uzyskać informację dot. preferowanych konfiguracji sprzętu. Bez tego stwierdzenia Wykonawcy, konkurencja w ogóle nie wiedziałaby, iż oferowany przedmiot zamówienia jest preferowaną konfiguracją sprzętu. Odrębnym zarzutem jest to, że nie do końca wiadomo, co Wykonawca przez to rozumie. Jeśli konfiguracje sprzętu są preferowane - i oznacza to, że daje się im pierwszeństwo, są one dla Wykonawcy konfiguracjami standardowymi, a więc - stosowanymi także w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, to są one jawne i znane konkurencji z innych postępowań (Wykonawca nie twierdzi, że każdorazowo zastrzega konfigurację sprzętu) - brak im przymiotu poufności, a dodatkowo nie są w żaden sposób wyjątkowe czy szczególne, co mogłoby uzasadniać próbę ich ochrony. Jeśli zaś preferowana konfiguracja sprzętu odnosi się do tego jednego zamówienia - ujawnienie takiej informacji nie ma wpływu na inne zamówienia, gdyż taka konfiguracja jest niepowtarzalna, a zatem nie ma wartości gospodarczej i nie powoduje spadku pozycji Wykonawcy wśród konkurentów, bo po prostu nie będzie okazji do stworzenia takiej konfiguracji w innych zamówieniach w przyszłości. Nie wiadomo także, w jaki sposób na podstawie wykazu i złożonych dokumentów w tym konkretnym Jednym zamówieniu można wnioskować o możliwościach nabywczych Wykonawcy in genere. Jak już wspomniano wyżej, Wykonawca, podejmując próbę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Wykonawca nie wyjaśnił, co jest charakterystycznego w oferowanym przez niego zestawieniu i konfiguracji. Wskazać należy, iż skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa winno odnosić się do konkretnego postępowania i narzuconych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez

Zamawiającego wymogów. Tymczasem Wykonawca nawet nie próbował wskazywać, jakie okoliczności wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia generują konieczność stworzenia unikalnego i charakterystycznego wspólnego zestawienia oraz konfiguracji produktów. Wywody wykonawcy pozostają na takim poziomie ogólności, że - jeśli uznać by je za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa - właściwie można by je powielać w dowolnym postępowaniu dotyczącym dostawy i wdrożenia systemu informatycznego i infrastruktury sprzętowej, albowiem w każdym takim postępowaniu tworzona jest jakaś konfiguracja sprzętu. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazał, iż brak było podstaw do utajnienia Formularza Ofertowego Konsorcjum, w szczególności zestawienia oferowanego sprzętu i oprogramowania oraz oświadczeń, dokumentów potwierdzających, że Infrastruktura Sprzętowa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, a obowiązkiem Zamawiającego było udostępnienie Odwołującemu w/w dokumentów. Zastrzeżenie przez Konsorcjum wszystkich informacji składających się na część techniczną oferty prowadzi do uniemożliwienia Odwołującemu dokonania oceny poprawności opisu i przeprowadzenia weryfikacji spełnienia oczekiwanych przez Zamawiającego założeń, w tym dokonania oceny poprawności zadeklarowanych w ofercie parametrów podlegających ocenie. W szczególności kluczowe jest ustalenie, czy Wykonawca zaoferował (podobnie jak Odwołujący) drukarki Konica Minolta oraz monitor Dell'a.

[Bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego]. Pismem z 14.08.2018 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w celu potwierdzenia, iż oferowana Infrastruktura Sprzętowa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, zgodnie z rozdz. IX ust. 6 SIWZ (w części I). Dokumenty i oświadczenia miały dotyczyć w szczególności; 1) serwera bazodanowego, 2) zestawu komputerowego z monitorem i oprogramowaniem, 3) drukarki typ 1 oraz typ 2, 4) drukarki typ 3, 5) drukarki kodów kreskowych. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na uzupełnienie braków na dzień 20.08.2018 r. do godz. 9:00. Z zachowaniem tegoż terminu Odwołujący uzupełnił braki i wskazał, iż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert spełniał (i nadal spełnia) postawione warunki udziału w postępowaniu i brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania. W dniu 31.08.2018 r. Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, powołując się na to, iż nie odpowiada ona treści SIWZ.

I. W szczególności Zamawiający zarzucił Odwołującemu, iż nie przedstawił oświadczenia producenta, że serwis zaoferowanych drukarek typ 3 będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez producenta. Złożone w uzupełnieniu oświadczenie jest oświadczeniem Wykonawcy, a nie producenta zaoferowanych drukarek typ 3. Z przedłożonego oświadczenia nie wynika, że Wykonawca jest Autoryzowanym Partnerem Serwisowym producenta zaoferowanych drukarek typ 3 i że serwis będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez producenta. W związku z wyartykułowanymi przez Zamawiającego w SIWZ potrzebami, Odwołujący przed terminem składania ofert zwrócił się do producenta Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. (dalej: Konica) z wnioskiem o przedstawienie oferty na urządzenie z linii produktowej spełniające wymogi Zamawiającego oraz o wskazanie autoryzowanego serwisu, który posiada certyfikaty ISO 9001 oraz ISO 20 000. Odwołujący dokładnie wskazał, jakiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy wniosek oraz jakie wymogi winna spełniać oferta producenta. Producent nie złożył takiej oferty. Początkowo Odwołujący wnioskował o złożenie takiej oferty standardowymi kanałami dystrybucyjnymi, niemniej dystrybutor bez powodu odmawiał przekazania takiej oferty. Odwołujący, chcąc uzyskać możliwość złożenia oferty, w szczególności skierowanym do Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. pismem z 09.08.2018 r. podniósł, iż specyfikację przetargową spełnia jedynie urządzenie Konica, a wynikający ze SIWZ wymóg certyfikatów ISO 9001 oraz ISO 20 000 dostarczanych przez producenta skutecznie wyklucza zaoferowanie innych produktów oraz wyklucza bezpośrednią współpracę z dystrybutorami bez zgody producenta. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazywał, iż praktyka polegająca na bezzasadnej odmowie przedstawienia oferty budzi daleko idące wątpliwości i utrudnia lub niweczy konkurencję na rynku, a także może stanowić przejaw nadużycia pozycji dominującej. Odwołujący już od początku wskazywał, iż skutkiem braku takiej oferty będzie blokowanie innym niż Asseco Poland S.A. podmiotom możliwości złożenia oferty zgodnej ze SIWZ w postępowaniu. W sporządzonej 17.08.2018 r. odpowiedzi Konica (niezasadnie) powołała się na swobodę kontraktowania. W tym miejscu podkreślił, iż Odwołujący nie ma możliwości prawnych, aby zobligować producenta jakiegokolwiek sprzętu świadczącego usługi serwisowe do uzyskania konkretnego certyfikatu. Błędne jest wobec tego stanowisko producenta Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o., które upatruje istnienia konkurencji w sytuacji, gdy tylko jeden producent posiada certyfikaty kluczowe do złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty. W tym zakresie to wyartykułowana w SIWZ potrzeba Zamawiającego determinuje rynek właściwy - na którym Konica posiada pozycję dominującą. Przedmiotem zamówienia nie jest bowiem (jak bezpodstawnie twierdzi Konica) dostarczenie wielofunkcyjnego urządzenia drukującego, ale dostawa określonego sprzętu i usługa serwisowa z konkretnymi,

wymaganymi specyfikacją, certyfikatami. Tym samym próbę rozszerzenia rynku właściwego na sprzęt i serwis nieposiadające takiego certyfikatu należy uznać za nieskuteczną. Konkurencja w takim przypadku byłaby iluzoryczna. Jednocześnie Konica Minolta nie wskazała, jacy producenci stanowią potencjalną konkurencję nawet na zbyt szeroko definiowanym przez nią rynku, a poprzestała na ogólnikowym i niepopartym dalszą argumentacją twierdzeniu, iż jako producent spotyka się z intensywną konkurencją.

Jednocześnie - pomimo dalszej woli zawarcia stosownej umowy w terminie składania ofert - Konica nie podjęła negocjacji w tym przedmiocie, czyniąc tym samym niewiarygodną deklarację otwartości na rozmowy w sprawie form współpracy biznesowej w przyszłości. Trzeba też nadmienić, iż prowadzone przez Odwołującego w dobrej wierze negocjacje, w braku istnienia racjonalnych przesłanek do odmowy współpracy przez Konica Minolta, pierwotnie czyniły bezpodstawnym wnioskowanie do Zamawiającego o zmianę zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący lojalnie wskazał jednak Zamawiającemu (pismo z 09.08.2018 r.), iż konieczna jest modyfikacja wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie certyfikatu ISO 20 000. Pismo pozostało bez odpowiedzi, mimo iż Odwołujący wskazał, iż standardem jest certyfikat ISO 9001, który jest także wymagany w specyfikacji, a postawiony wymóg ISO 20 000 jest wymogiem nadmiernym, a pozostawienie tego wymogu nie ma uzasadnienia i będzie obciążać Zamawiającego do poniesienia konsekwencji w postaci korekt finansowych za bezzasadne ograniczenie konkurencji. Odwołujący wskazał także, iż oczekuje na ofertę w tym zakresie, niemniej oczywistym jest, że w tak krótkim czasie Odwołujący nie posiadał skutecznych środków prawnych, które przesądziłyby o uzyskaniu pożądanego oświadczenia woli od producenta sprzętu. Mając na uwadze wyżej opisane stanowisko producenta (które nie uległo zmianie do dzisiaj) - Odwołujący złożył w toku postępowania oświadczenie, w którym wskazał, iż serwis drukarek będzie świadczony osobiście przez Odwołującego i będzie polegał na ich wymianie na nowe, tym samym oferując najkorzystniejsze z możliwych rozwiązanie dla Zamawiającego. Skoro Odwołujący - nie posiadając wymaganych certyfikatów - jest dopuszczony do udziału w postępowaniu i uprawniony do dostawy sprzętu (taki wymóg nie został wskazany w SIWZ) to realizacja uprawnień gwarancyjnych w taki sposób, iż w miejsce niedziałającego sprzętu jest dostarczany nowy sprzęt, może być świadczona przez Odwołującego osobiście i stawianie dodatkowych wymagań w tym zakresie przesądza o niekonkurencyjnym przeprowadzeniu postępowania.

II. W stosunku do całkowicie bezpodstawnego zarzutu nieprzedstawienia informacji o dedykowanej stronie internetowej producenta jednostki centralnej z dostępem do najnowszych sterowników i uaktualnień, realizowane poprzez podanie numeru seryjnego/modelu urządzenia (link strony www) wskazuję, iż została ona przedstawiona w piśmie Wykonawcy z 20.08.2018 r. (str. 2) - w aktach postępowania przetargowego.

III. W stosunku do postawionego przez Zamawiającego zarzutu nieprzedstawienia certyfikatu ISO9241-307 dla zaoferowanego monitora wskazuję, iż Odwołujący złożył w tym zakresie oświadczenie, które Zamawiający błędnie uznał za niewystarczające. Jednocześnie w związku z bezprawnym utajnieniem Formularza Oferty Konsorcjum Odwołujący może tylko skutecznie domniemywać, iż Wykonawca zaoferował taki sam monitor - albo załączając certyfikat (a wtedy logicznym jest, że Zamawiający jest w posiadaniu dokumentu, z którego wynika, że sprzęt zaoferowany przez Odwołującego spełnia wymagania SIWZ, stąd nieuznanie oświadczenia Odwołującego za wystarczające jest nadmiernym, ograniczającym konkurencję wymogiem) albo również składając wyłącznie oświadczenie (a w takim wypadku Zamawiający nie potraktował wykonawców w sposób równy, tylko własnym działaniem spowodował zakłócenie konkurencji na rynku, wyraźnie uprzywilejowując Konsorcjum). W konsekwencji nadmiernie rygorystyczne stanowisko Zamawiającego doprowadziło do bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. Jednocześnie w związku z najdalej idącym żądaniem odwołania wskazać należy, iż ewentualne spełnienie (w dalszym ciągu zbyt rygorystycznego i nieprzystającego wymogu przedstawienia w/w certyfikatu) przez Odwołującego nie jest a priori wykluczone w przyszłości.

IV. Jednocześnie oświadczam, iż w stosunku do pozostałych dokumentów, które zostały przedstawione w języku angielskim Odwołujący wskazuje, iż stanowią one dokumenty o zuniifikowanej formie, z których treści jasno wynika, iż oferowany przez Odwołującego sprzęt spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący - w związku z bezprawnym utajnieniem Formularza Oferty Konsorcjum wraz z załącznikami nie ma przy tym możliwości zweryfikowania, jakiego rodzaju dokumenty przedłożyło Konsorcjum. Odwołujący wskazuje, iż to wyłącznie techniczny aspekt i bez problemów można w zał. wykazie do CE znaleźć zaoferowane przez Odwołującego urządzenie oraz stwierdzić minimalne parametry zestawu komputerowego, czego jednak Zamawiający bezpodstawnie zaniechał. Niezależnie od powyższego uzyskanie ewentualnych tłumaczeń jest kwestią techniczną i absolutnie nie przesądza o tym, iż Odwołujący nie będzie miał możliwości złożenia takich tłumaczeń w przyszłości.

[Termin wykonania umowy] Niezależnie od powyższego wskazuję, iż Odwołujący

pismem z 07.08.2018 r. zwrócił uwagę Zamawiającemu, iż modyfikacja terminu realizacji umowy na dzień 29 października 2018 r. stoi w sprzeczności z faktem, iż obowiązującą datą zakończenia Projektu, w ramach którego realizowany jest przedmiot zamówienia, jest data 28.09.2018 r. - co potwierdził pracownik Departamentu Funduszy Europejskich Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego. Ponadto Zamawiający do dnia wniesienia niniejszego odwołania nie uzyskał zgody od instytucji Zarządzającej na zmianę daty zakończenia Projektu. Jednocześnie Zamawiający nie odniósł się do pytań Odwołującego, które miały na celu ustalenie, czy Zamawiający posiada zabezpieczone środki na sfinansowanie zadania - w szczególności środki własne oraz ustalenie konsekwencji przedstawienia przez wykonawcę Harmonogramu wdrożenia, zgodnie z którym protokół odbioru końcowego miałby zostać podpisany w terminie późniejszym niż dzień 27.09.2018 r., ale przed 29.10.2018 r. poprzez wskazanie, że Zamawiający uiszczy wynagrodzenie wykonawcy ze środków własnych. Brak takich informacji znacząco zwiększa po stronie oferujących ryzyko nieterminowej płatności za prawidłowo zrealizowaną umowę, a w konsekwencji uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty. Jednocześnie w całości należy podtrzymać ustalenia poczynione w postępowaniu prowadzonym przez KIO w postępowaniu zakończonym wyrokiem wydanym w dniu 25.07.2018 r., sygn. akt: KIO 1365/18, z tym zastrzeżeniem, iż Wykonawca zgodnie z tym wyrokiem zmienił termin wykonania umowy na dzień 27.10.2018 r. W szczególności niezmiennie pozostały kryteria oceny ofert i wzory umów. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż czas pozostały od zawarcia umowy z wyłonionym w przetargu wykonawcą do odbioru przedmiotu umowy (zgodnie z wyczerpaniem odwołującego 31 dni) jest niewystarczający na realizację zamówienia. Tym samym za obiektywny termin realizacji zamówienia należy przyjąć nie mniej niż 31 dni - brak jest podstaw do ustalenia, iż termin ten można skrócić, także dlatego, iż zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego przedłużenie terminu realizacji wiąże się z utratą finansowania i w konsekwencji utratą możliwości zakupu systemu.

[Brak w Informacji o otwarciu ofert] Na marginesie wskazał, iż Zamawiający wbrew obowiązkom wynikającym z art. 86 ust. 5 pkt 1 Pzp nie umieścił po otwarciu ofert na stronie internetowej kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający w dniu 11.09.2018 r. (e-mailem) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.09.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum firm: 1) Asscco Poland SA (Lider Konsorcjum), 2) Technet Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum), ul. Żwirki i Wigury 38 lok 7/8, 26-600 Radom: z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zwany dalej: „Konsorcjum Asseco” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta została odrzucona w zadaniu pierwszym, i nie została skasyfikowana w zakresie kryteriów oceny ofert, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia dla tego zadania.

Izba oddala wniosek Odwołującego z rozprawy o przeprowadzenie dowodu

z przesłuchania świadków wskazując, że świadkowie jedynie składaliby oświadczenia w zakresie prowadzonych negocjacji między Odwołującym a Konica Minolta i w żaden sposób ten dowód nie świadczyłby o istnieniu porozumienia między Konica Minolta a Przystępującym.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 1365/18 oraz KIO 1808/18, w tym w szczególności treści ogłoszenia i postanowienia SIWZ po dokonanych modyfikacjach i ujednoliceniach, treści oferty Przystępującego (w tym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), treść oferty Odwołującego, wezwanie z 14.08.2018 r., uzupełnienia oferty przez Odwołującego z 20.08.2018 r. oraz informacji o wyniku postępowania dla części pierwszej i o odrzuceniu w tej części oferty Odwołującego.

Izba zaliczył także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez

Zamawianego na wniosek przewodniczącego dokumenty z oryginalnej dokumentacji, z których sporządzono kopie:

- 1) Oświadczenie z 21.08.2018 r. Odwołującego potwierdzające dokonanie wgląd do ofert udostępnionych przez Zamawiającego;
- 2) Pismo Odwołującego z 23.08.2018 r. nawiązujące do dokonanego wglądu do złożonych ofert, w tym także oferty Przystępującego;
- 3) Pismo Odwołującego z 07.08.2018 r, skierowanego do Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

1. kopię pisma z 09.08.2018 r. skierowanego do Zarządu Konica Minolta;
2. kopię pisma z 17.08.2018 r. skierowanego do Zarządu Odwołującego.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego następujących kopii dokumentów,

które otrzymał skład orzekający Izby po zamknięciu rozprawy. Strony nie kwestionowały faktu, że w datach z nich wynikających (09.08.2018 r., 16.08.2018 r., 17.08.2018 r.), miały miejsce określone czynności Odwołującego, zwłaszcza wniosek z 17.08.2018 r., jak i brak odpowiedzi Zamawiającego w tym zakresie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie i przystąpienie, pismo procesowe Przystępującego, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu. Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty:

1. błędnego uznaniu przez Zamawiającego, iż Formularz Ofertowy Przystępującego wraz z załącznikami, złożone w części pierwszej, w szczególności zestawienie oferowanego sprzętu i oprogramowania oraz oświadczeń, dokumentów potwierdzających, że Infrastruktura sprzętowa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a Przystępujący prawidłowo zastrzegło w/w dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, czego skutkiem było nieuprawnione utajnienie przez Zamawiającego w/w dokumentów, a także brak odtajnienia w/w dokumentów zgodnie z wnioskiem Odwołującego z 23.08.2018 r. i udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu zgodnie z tym wnioskiem, przez co Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 - 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych tj. zasady jawności postępowania oraz naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędne uznanie j/w, nieuzasadnione utajnienie w/w dokumentów, a także brak odtajnienia w/w dokumentów i udostępnienia tych dokumentów zgodnie z wnioskiem Odwołującego, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu dokonania weryfikacji oceny oferty, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w części pierwszej, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK i wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oferty w części pierwszej, przez co Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 2 UZNK, a także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 Pzp;
3. bezzasadnego odrzucenia prawidłowo złożonej oferty Odwołującego w części pierwszej,

jako niespełniającej wymagań SIWZ, a także nieuznanie wyjaśnień i uzupełnień Odwołującego za wystarczające wobec nadmiernych i utrudniających konkurencję wymogów zawartych w SIWZ, przez co Zamawiający naruszył w szczególności art. 7 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;

4. zaniechania unieważnienia postępowania w części pierwszej, w sytuacji gdy postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na takim skonstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia, a w szczególności zaniechaniu modyfikacji ustalonego na dzień 27.10.2018 r. terminu realizacji zamówienia, który jest niemożliwy do realizacji, przez co Zamawiający naruszył art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, przystąpienia, pisma procesowego Przystępującego oraz odpowiedzi na odwołanie. Izba przywołuje także za informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego postanowienia rozdziału IX ust. 6 oraz wniesionych modyfikacjami do SIWZ - powtórzone w wezwaniu z 14.08.2018 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdzie wskazano jakie oświadczenia i dokumenty wymienione w załącznikach nr 2 A, 2 B, 2C - odpowiednio dla danej części należało dołączyć do oferty w celu potwierdzenia, że oferowana Infrastruktura Sprzętowa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Nadto, w odpowiedzi na wezwanie z 14.08.2018 r. Odwołujący pismem z 20.08.2018 r. złożył następujące dokumenty i oświadczenia potwierdzające, że oferowana Infrastruktura Sprzętowa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ, tj.: „a) Serwer bazodanowy:

- oświadczenie producenta oferowanego serwera, potwierdzające pochodzenie oferowanego serwera z oficjalnego kanału dystrybucyjnego producenta
- dokument poświadczający, że sprzęt jest produkowany zgodnie z normami ISO 9001 oraz ISO 14001
- deklaracja zgodności CE

b) Zestaw komputerowy z monitorem i oprogramowaniem:

- wynik z testu przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji, potwierdzającego osiągnięcie przez oferowany zestaw komputerowy wymaganego wyniku całkowitego Rating - min.1500 punktów (wynik w postaci wydruku z programu Sysmark 2014, dopuszcza się przeprowadzenie testów na oferowanym zestawie bez zewnętrznej karty grafiki)
- dokument poświadczający, że jednostka centralna jest produkowany zgodnie z normami ISO 9001 oraz ISO 14001

- deklaracja zgodności CE dla jednostki centralnej
- informacje o dedykowanej stronie internetowej producenta jednostki centralnej z dostępem

do najnowszych sterowników i uaktualnień, realizowane poprzez podanie numeru

seryjnego/modelu urządzenia (link strony www) <https://suoport.lenovo.com/pl/pl/>

- dokument potwierdzający, że oferowany monitor posiada certyfikat TCO (dopuszcza się wydruk ze strony internetowej <http://tcodevelopment.com> podpisany za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę)
- certyfikat ISO9241-307 dla zaofiarowanego monitora (równoważnie: ogólne warunki gwarancyjne Dell, z których jasno wynika iż zaofiarowane monitory (seria U - Ultrasharp) objęta jest najwyższą gwarancją „Premium Panel”, a więc jest zgodna z ISO 9241-307);
- dokument potwierdzający (np. certyfikat) spełnienie wymogów normy min. Energy Star 6.0 dla oferowanego monitora (równoważnie: fragment user's guide ze strony producenta, który na stronie 14 potwierdza posiadanie certyfikatu Energy Star)

b) Drukarki typ 1 oraz typ 2:

- oświadczenie producenta, że serwis będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez producenta

c) Drukarki typ 3:

- certyfikat ISO 9001 oraz ISO 20000 na świadczenie usług serwisowych (certyfikat ISO 9001 wykonawcy)
 - oświadczenie producenta, że serwis będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez producenta (równoważnie: oświadczenie wykonawcy o wymianie urządzenia na nowe w przypadku awarii)
- d) Drukarka kodów kreskowych:
- certyfikat IS09001 na świadczenie usług serwisowych,

- oświadczenie producenta, że serwis będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez producenta”.

Powyższe uzupełnienie było poprzedzone wnioskiem Odwołującego z 17.08.2018 r. o przedłużenie terminu na uzupełnienie, na które Zamawiający nie udzielił odpowiedzi.

Nadto, Izba wskazuje, że Odwołujący dokonał wglądu w oferty złożone w postępowaniu, w tym do oferty Przystępującego w zakresie w którym nie została ona zastrzeżona. Zapoznał się także z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Potwierdza to oświadczenie Odwołującego z 21.08.2018 r. oraz jego pismo z 23.08.2018 r. Dokonane udostępnienie ofert - miało miejsce na pierwotny wniosek z 16.08.2018 r.

W dniu 07.08.2018 r. Odwołujący wystosował pismo do Zamawiającego w zakresie terminu wykonania umowy z części pierwszej oraz środków finansowych na ich rzecz.

Z kolei 09.08.2018 r. Odwołujący wnosił o zmianę postanowień SIWZ zgodnie z tym jak wskazywał w odwołaniu.

Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego oraz ich oceny w kontekście przepisów przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu oraz postanowień SIWZ. Nadto, oceny określonych zaniechań ze strony Zamawiającego, które w ocenie Odwołującego winien podjąć Zamawiający w związku z zaistniałymi okolicznościami. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanego zarzutu.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut dotyczący braku w informacji o otwarciu ofert - kwoty, którą zamierza

Zamawiający przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia został przez Odwołującego wycofany na rozprawie.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za spóźniony, co w konsekwencji skutkowało jego pozostawieniem bez merytorycznego rozpoznania.

W ocenie Izby, termin na zaskarżenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego biegł co najmniej od 21.08.2018 r., a najpóźniej od 23.08.2018 r. Jednocześnie bowiem wynika z treści pisma Odwołującego z 23.08.2018 r. przekazanego na rozprawie przez Zamawiającego, że Odwołujący miał wiedzę jakie dokumenty i z jakich powodów zostały zastrzeżone w ofercie Przystępującego, jak i że to zastrzeżenie jest honorowane przez Zamawiającego. Nadto, Odwołujący w piśmie z 23.08.2018 r. użył podobnie argumentacji, jak we wniesionym odwołaniu. Jednocześnie Izba podzieliła stanowisko wyrażone w postanowieniu KIO z 21.06.2017 r., sygn. akt: 1153/17 i przywołaną tam uchwałę SN z dnia 28.02.2013 r., sygn. akt: III CZP 107/2012, w której stwierdzono, m.in. że nawet „(...) w sytuacji gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przesłania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tzn. od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”. Izba, podziеляjąc stanowisko strony Zamawiającej, wskazuje także, że zgodnie z art. 182 ust 3 pkt 1 Pzp, wobec czynności innych niż wskazane w ust. 1 i 2 tego artykułu - [przykładowo: zaniechanie udostępnienia/odtajnienia, czy też niezasadne zastrzeżenie informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i, jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego] - odwołanie wnosi się - odpowiednio w terminie 10 dni lub 5 dni - od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Pzp w odniesieniu do tej czynności - braku

uchylenia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa - nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji i podjętej czynności, mającej na celu zweryfikowanie skuteczności takiego zastrzeżenia. Jednocześnie przepisy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art 96 ust 3 Pzp, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym, każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz stanowisko zamawiającego w przedmiocie odmowy ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie, co do zasady, w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty (ofert) w pełnym zakresie - również w tym zastrzeżonym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Należy zauważyć, że uznanie oferty za czyn nieuczciwej konkurencji musi zostać udowodnione. Zwłaszcza w zakresie porozumienia naruszającego konkurencję, albo przez dowód bezpośredni albo pośredni. Wskazany w treści odwołania art. 15 ust. 1 pkt 2 UZNK stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców. Przepis ten dotyczy zachowania określanego w doktrynie, jako nakłanianie do bojkotu.

Przedstawione wraz z odwołaniem dowody - korespondencja, jak i wnioskowane dowody z przesłuchania świadków odnoszą się de facto do korespondencji, negocjacji prowadzonej z Konica Minolta. Nie dotyczą relacji między Konica Minolta, a Przystępującym. Proste przełożeniu zaproponowane i oczekiwane przez Odwołującego poprzez treść oferty Przystępującego i zawarte tam ewentualne dokumenty, to czyste spekulacje niczym wymiernym nie poparte. Jednocześnie, oczekiwanie od Zamawiającego, że unieważni postępowanie w części pierwszej tylko i wyłącznie na podstawie nieudanych negocjacji Odwołującego z Konica Minolta, o których nota bene nie miał wiedzy, gdyż toczyły się poza postępowaniem przetargowym jest wnioskiem Odwołującego zbyt daleko idącym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Argumentacja Odwołującego z odwołania, jak i w dużej części z rozprawy sprowadzała się do de facto polemiki z postanowieniami SIWZ, które były znane Odwołującemu od początku postępowania. Odwołujący bowiem nie przeczył, że nie złożył określonych dokumentów lub oświadczeń (za wyjątkiem informacji o dedykowanej stronie internetowej producenta jednostki centralnej z dostępem do najnowszych sterowników i uaktualnień wskazanej na str. 2 pisma przewodniego uzupełnienia, co nie miało wpływu na wynik), skupiając się na okolicznościach które do tego doprowadziły, kwestionując postanowienia SIWZ, czy też oczekując, że Zamawiający uznana spełnienie określonych wymogów poprzez dokumenty równoważne, które złożył zamiast dokumentów lub oświadczeń wprost oczekiwanych zgodnie z treścią ogłoszenia i postanowieniami SIWZ, albo wnosząc o uznanie na swoją korzyść dokumentów z oferty konkurencyjnej.

Izba podkreśla, że nie było żadnych przeszkód aby działać dwutorowo, tj. zadać pytanie i złożyć odwołanie na postanowienie SIWZ, czy też prowadzić negocjacje Konica Minolta i równolegle wnosić odwołanie na postanowienia SIWZ (to dodatkowo w kontekście także poprzedniego zarzutu). Z kolei kwestia braku przedłużenia terminu na uzupełnienie nie była przedmiotem zaskarżenia ze strony Odwołującego, tzn. na zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie, przy czym Izba wzięła od uwagę, że ostatecznie termin wyznaczony został zaakceptowany, gdyż w jego ramach Odwołujący dokonał uzupełnienia (w jego ramach również Odwołujący w ogóle nie kwestionował terminu, ani nie odnosił się do wcześniejszego wniosku o przedłużenie terminu na uzupełnienie). Fakt złożenia określonych dokumentów w wyznaczonym terminie Izba uznała za jego zaakceptowanie. Aktualne jego kwestionowane jest w konsekwencji spóźnione i niezgodne z wcześniejszym działaniem Odwołującego.

Jednocześnie, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego z odwołania, aby poprzez akceptację treści i certyfikatów złożonych w ofercie konkurencyjnej zwolnić Odwołującego z obowiązku ich złożenia. Wymóg złożenia określonych dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania wymogów określonych w SIWZ był znany wszystkim uczestnikom postępowania przetargowego od samego początku, przychylenie się do wniosku Odwołującego byłoby równoznaczne z jego preferowaniem kosztem innych Wykonawców. Izba także podkreśla, że Zamawiający nie dopuścił możliwości potwierdzenia

określonych wymogów innymi dokumentami równoważnym. Jeżeli chciał Odwołujący, aby taka możliwość istniała, inaczej mówiąc jeśli chciał je wykorzystać musiałby wcześniej o to wnieść do Zamawiającego, gdyż niewykluczone, że gdyby od początku taka możliwość istniała, to liczba ofert w postępowaniu mogłaby być zupełnie inna. Izba podkreśla, że nie bez znaczenia jest okoliczność, że Zamawiający czterokrotnie zmieniał termin składania ofert (pierwotny - 29.06.2018 r.) na 06.07.2018 r., 16.07.2018 r., 27.07.2018 r. oraz ostatecznie na 13.08.2018 r. Wynika więc z tego, że Odwołujący winien mieć stosowne dokumenty co najmniej już na dzień 29.06.2018 r. a nie dopiero 13.08.2018 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W pierwszej kolejności, Izba wzięła pod uwagę, że to sam obecny Odwołujący wnosił w ramach wcześniejszego postępowania odwoławczego (zakończony wyrokiem KIO z 25.07.2018 r. o sygn. akt: KIO 1365/18) o przedłużenie modyfikacji terminu na wykonanie umowy, tj. jej realizację na październik 2018 r. Jednocześnie, sam Odwołujący de facto nie kwestionuje tego terminu jako takiego, lecz wyraża obawy i zadaje pytania, co do dysponowania środkami finansowymi unijnymi czy też własnym niezbędnymi na sfinansowanie zadania w części pierwszej po 27.09.2018 r. Izba podkreśla, że Odwołujący w poprzednim postępowaniu odwoławczym nie formułował tak daleko idących wątpliwości, jak i wniosków jak obecnie. Przy czym, należy zauważyć, że Zamawiający jednoznacznie oświadczył, że w zależności od rozstrzygnięcia uzależnia dalsze działanie na rzecz uzyskania przedłużenia terminu z Urzędu Marszałkowskiego, tj. Departamentu Funduszy Europejskich Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego. Wyjaśniać, że będzie miało to miejsce wyłącznie w zakresie tylko jednej, tj. pierwszej części (w pozostałym zakresie, części są realizowane). Stwierdził, także że w wypadku odmowy zapewni niezbędne środki finansowe własne dla tej jednej, tj. pierwszej części.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący: