Sygn. akt: KIO 1034/19

WYROK

z dnia 24 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2019 r. przez odwołującego Ingrifo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie, przy udziale Advatech spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Advatech jako tajemnica przedsiębiorstwa, wobec uwzględnienia odwołania w tym zakresie przez Zamawiającego.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Ingrifo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Warszawie i:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1034/19

UZASADNIENIE

Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup i wdrożenie systemu typu SAM (Software Asset Management) do zarządzania zgodnością licencyjną oprogramowania", nr referencyjny: DZZK/14/DI/2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 marca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 044-099878.

W postępowaniu tym wykonawca Ingrifo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") w dniu 6 czerwca 2019 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Advatech sp. z o.o. (dalej

„Advatech") jako najkorzystniejszej,

2. zaniechaniu odrzucenia oferty Advatech jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz"),

3. bezpodstawnemu wzywaniu Advatech do złożenia wyjaśnień i uzupełnień oferty w braku ustawowych przesłanek do skorzystania z tej instytucji,

4. zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji wskazanych przez

Advatech w następujących dokumentach:

- Wykaz - doświadczenie wraz z dowodami poświadczającymi ich należyte wykonanie,
- Wykaz - potencjał kadrowy wraz z certyfikatami,
- Formularz oferty technicznej,
- Sprawozdanie finansowe, informacja z banku oraz oświadczenie o rocznym obrocie,
- Protokół z prezentacji produktu;

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Advatech jako oferty

niezgodnej z treścią siwz,

2. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,

3. art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez wzywanie Advatech do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w sytuacji, gdy brak było wątpliwości co do treści oferty, a złożone wyjaśnienia miały tylko i wyłącznie na celu zmianę treści oferty wykonawcy oraz poprzez faktyczne prowadzenie negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Advatech dotyczących treści złożonej oferty w zakresie uwzględnienia wynagrodzenia za

dostawę licencji w wynagrodzeniu za poszczególne etapy realizacji przedmiotu

Zamówienia, prowadzących do niedopuszczalnej zmiany treści oferty,

4. art. 8 ust. 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom

informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Advatech jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru ofert,

2. odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu informacji wskazanych przez Advatech w następujących dokumentach:

- Wykaz - doświadczenie wraz z dowodami poświadczającymi ich należyte wykonanie,
- Wykaz - potencjał kadrowy wraz z certyfikatami;

- Formularz oferty technicznej,
- Sprawozdanie finansowe, informacja z banku oraz oświadczenie o rocznym obrocie,
- Protokół z prezentacji produktu;

3. dokonanie ponownej oceny ofert,

4. odrzucenie oferty Advatech na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako oferty nie odpowiadającej treści siwz,

5. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i wybranie oferty

Odwołującego,

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Odwołujący stoi na stanowisku, że oferta wykonawcy Advatech podlega odrzuceniu, wobec czego oferta Odwołującego znalazła by się na pierwszej pozycji. Ponadto podtrzymanie decyzji podjętej przez Zamawiającego spowoduje poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym uzyskania zamówienia.

Następnie Odwołujący w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 wskazał, że niezgodność treści oferty Advatech z treścią SIWZ upatruje w jej sprzeczności z Formularzem Cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do siwz oraz z postanowieniami wzoru umowy, w tym w szczególności z § 1 ust. 1, § 3 ust. 1 pkt 1 lit. (a), § 6 ust. 2 pkt 1 lit. (a) oraz § 6 ust. 4 pkt 1 wzoru umowy. Na podstawie dokonanej przez siebie analizy Formularza Cenowego Odwołujący wskazał, że wynagrodzenie za realizację Etapu 1 przedmiotu Zamówienia (bez dostawy licencji) należało wskazać w poz. 1.1.1. Formularza cenowego, zaś wynagrodzenie za same licencje - w poz. 1.1.5. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że w poz. 1.1.1. Formularza cenowego wskazano, że wartość wynagrodzenia za realizację Etapu 1 nie może przekraczać 50% wynagrodzenia całościowego określonego w poz. 1.1. Ponadto Odwołujący stoi na stanowisku, że Formularz Cenowy nie może być interpretowany samodzielnie, w oderwaniu od innych dokumentów przetargowych, w tym od postanowień wzoru umowy. Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 1 lit. (a) w związku z § 1 wzoru umowy, w skład Etapu 1 zalicza się dostawa licencji do Systemu SAM, wynagrodzenie to winno zostać uwzględnione w łącznym wynagrodzeniu za ten etap płatnym po jego zakończeniu. W ocenie Odwołującego, z treści siwz, w szczególności z treści formularza ofert oraz wzoru umowy jednoznacznie wynika, że jednym z elementów realizacji Etapu 1 jest dostawa licencji na System SAM. Odwołujący wskazał na definicję zawartą w § 1 ust. 1 wzoru umowy, gdzie przez Etap rozumie się „etapy realizacji zamówienia podstawowego, o których mowa w § 3.1.1.". Jednocześnie § 3 ust. 1 pkt 1 lit. a) wzoru umowy stanowi, że Etap 1 to „Wdrożenie Systemu w ciągu 1 miesiąca, liczonego od daty podpisania Umowy". Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z definicją zawartą w § 1 ust. 1 wzoru umowy, przez Wdrożenie należy rozumieć „usługi polegające na uruchomieniu Systemu poprzez jego zainstalowanie na infrastrukturze w siedzibie Zamawiającego, przekazanie licencji do Systemu, wykonanie parametryzacji lub konfiguracji startowej, wykonanie działań zgodnie z opracowanym przez Wykonawcę i zaakceptowanym przez Zamawiającego projektem techniczno-funkcjonalnym". System został zdefiniowany jako „system ... (do uzupełnienia nazwa systemu zgodnie z Ofertą) typu SAM (Software Asset Management) do zarządzania zgodnością licencyjną oprogramowania w środowisku Zamawiającego, zgodny z OPZ, FOT i złożoną przez Wykonawcę ofertą (...)".

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że dostawa (przekazanie) licencji na System SAM jest elementem Wdrożenia Systemu. Skoro na faktyczny Etap 1 składają się dwie pozycje Formularza cenowego, tj. poz. 1.1.1. oraz 1.1.5., to uznać w ocenie Odwołującego należy, że 50% wynagrodzenia całościowego nie może przekraczać ich suma traktowana jako pełne wynagrodzenie za Wdrożenie Systemu (Etapu 1), zdefiniowanego w § 1 wzoru umowy.

Okolicznością przemawiającą za zasadnością takiej interpretacji jest zdaniem Odwołującego to, że w przeciwnym razie należałoby przyjąć, że Zamawiający zakłada, że łączne wynagrodzenie za Etap 4 i dostawę licencji (pozycje 1.1.4. i 1.1.5. Formularza cenowego) może stanowić jedynie 20% całościowego wynagrodzenia wskazanego w poz. 1.1. Odwołujący wskazał przy tym, że gdyby wykonawca zadeklarował maksymalne dopuszczalne procentowo kwoty za poz. 1.1.1.-1.1.3, to po ich zsumowaniu stanowiłyby one aż 80% całościowego wynagrodzenia. Odwołujący wskazał, że z jego doświadczenia wynika, a czego potwierdzeniem są zdaniem Odwołującego złożone w Postępowaniu oferty, że wartość dostarczanych licencji stanowi zazwyczaj znaczną, jeżeli nie największą część wynagrodzenia za zamówienie takiego rodzaju jak w Postępowaniu. Zdaniem Odwołującego nie sposób przyjąć, aby Zamawiający jako profesjonalista, który musiał dokonać wstępnej kalkulacji wynagrodzenia i jego składników - uznał, że na dostawę licencji i pozostałe usługi (Etap 4) może wystarczyć tak niewielka część łącznego wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał również na § 6 wzoru umowy, regulujący kwestie związane z

wysokością wynagrodzenia i zasad płatności, zwrócił uwagę że w ust. 2 zostały wyszczególnione poszczególne składowe wynagrodzenia. Na wynagrodzenie składają się należności z tytułu realizacji Etapu 1, Etapu 2, Etapu 3, Etapu 4 oraz Serwisu. Z okoliczności iż Zamawiający we wzorze umowy nie wyszczególnia wynagrodzenia za dostawę licencji, Odwołujący wywiódł prawidłowość swojego stanowiska, że wynagrodzenie za dostawę licencji mieści się w wynagrodzeniu za realizację Etapu 1.

Odwołujący wskazał ponadto, że należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z § 6 ust. 4 wzoru umowy, który reguluje sposób dokonywania płatności wynagrodzenia z tytułu realizacji Zamówienia, wynagrodzenie za Etap 1 (tj. wynagrodzenie wskazane w § 6 ust. 2 pkt 1 lit. (a)) płatne będzie po podpisaniu bez zastrzeżeń protokołu odbioru Etapu 1. Zamawiający w ust, 4 § 6 również nie przewiduje odrębnej płatności za dostawę licencji, co należy zdaniem Odwołującego interpretować w ten sposób, że ta część wynagrodzenia płatna będzie wraz z wynagrodzeniem za etap, w którym następuje dostawa licencji, tj. z wynagrodzeniem za Etap 1.

Odnosząc powyższe do oferty Advatech, a w szczególności do Formularza cenowego, Odwołujący wskazał, że całościowe wynagrodzenie (poz. 1.1.) wynosi 943.970,24 zł podczas gdy całe wynagrodzenie za Etap 1 (tj. suma pozycji 1.1.1. oraz 1.1.5.) wynosi aż 797.970,24 zł, czyli blisko 85% kwoty wskazanej w poz. 1.1.

Co istotne, Advatech nie może zmieniać systemu rozliczenia wynagrodzenia, określonego w § 6 ust. 4 wzoru umowy, a tym samym nie może przesuwać części wynagrodzenia za licencje do wynagrodzenia za inne etapy, tak aby suma wynagrodzenia za poszczególne etapy nie przekraczała określonych przez Zamawiającego progów procentowych.

W konsekwencji, ponieważ zaoferowanego przez Advatech wynagrodzenie łączne za Etap 1 Zamówienia przekracza 50% wynagrodzenia za realizację całego przedmiotu Zamówienia, uznać należy zdaniem Odwołującego, że oferta złożona przez Advatech jest niezgodna z treścią siwz, a w szczególności jest niezgodna z Formularzem cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do siwz interpretowanym łącznie z postanowieniami § 1 ust. 1, § 3 ust. 1 pkt 1 lit. (a), § 6 ust. 2 pkt 1 lit. (a) oraz § 6 ust. 4 pkt 1 wzoru umowy. Skoro zgodnie z poz. 1.1.1. Formularza cenowego maksymalne dopuszczalne wynagrodzenie za Etap 1 miało wynosić 50% całościowego wynagrodzenia, zaś wynagrodzenie za Etap 1 wskazane przez Advatech stanowi blisko 85% wynagrodzenia z poz. 1.1., to tak wypełniony Formularz cenowy uznać należy zdaniem Odwołującego za niezgodny z siwz, a konsekwencji całą ofertę należy uznać za niezgodną z siwz.

W związku z powyższym zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był odrzucić tą ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 17.04.2019 r. Zamawiający wezwał Advatech do złożenia wyjaśnień, w tym do wskazania, „w których pozycjach dotyczących Realizacji Etapów (1.1.1-1.1.4) powinny zostać ujęte koszty za licencje na System SAM, które zostały wycenione przez Państwa w poz. 1.1.5. Licencje te są częścią składową wycenionego zamówienia w poz. 1.1., niemniej powinny być dla potrzeby prawidłowego rozliczenia Umowy (§6 ust. 2 pkt 1 IPU) ujęte w płatnościach za poszczególne Etapy. Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie, w jakich kwotach i w ramach których Etapów powinny być rozliczone licencję przez wskazanie opłat całościowych za poszczególne Etapy, wliczając w to wycenione w DOZ. 1.1.5. Licencje? Zamawiający jednocześnie zwraca uwagę na wskazane w Formularzu cenowym ograniczenia procentowe, co do maksymalnego rozłożenia płatności za wykonanie tej części (poz. 1.1 Formularza cenowego) zamówienia podstawowego."

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi z dnia 23.04.2019 r. Advatech przedstawił zmieniony Formularz cenowy, zgodnie z którym rozbił wynagrodzenie za dostawę licencji (poz. 1.1.5.) dodając je stosunkowo do wynagrodzenia za wszystkie cztery Etapu realizacji. Porównując oba Formularze, wynagrodzenie za poszczególne etapy zostało zwiększone w następujący sposób:

- Etap 1 - z kwoty 370.600,00 zł na kwotę 467.265,27 zł,
- Etap 2 - z kwoty 49.200,00 zł na kwotę 136.875,68 zł,
- Etap 3 - z kwoty 47.600,00 zł na kwotę 136.875,68 zł,
- Etap 4 - z kwoty 49.200,00 zł na kwotę 202.953,60 zł.

Następnie Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 26.04.2019 r. Zamawiający poinformował Advatech, że „dokonał weryfikacji wyjaśnień [...] i na podstawie dokonanej kalkulacji w ocenie Zamawiającego suma pozycji od 1.1.1., 1.1.2., 1.1.3., 1.1.4 tabeli, tj. za poszczególne etapy, która została złożona wraz z wyjaśnieniami różni się od zadeklarowanego wynagrodzenia wskazanego w poz. 1.1. tabeli (suma etapów), które zostało określone w złożonej Ofercie Wykonawcy jak również w wyjaśnieniach".

W wyjaśnieniach z dnia 29.04.2019 r. Advatech wskazał, że rozbieżność jest wynikiem omyłki rachunkowej i nie zmienia treści oferty.

Odwołujący wskazał na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 14.11.2014 r., KIO 2238/14. W jego ocenie Zamawiający dwukrotnie wprost zasugerował zmianę treści oferty, a zwłaszcza treści Formularza cenowego, wskazując Advatech, że musi „umieścić" wynagrodzenie za dostawę w licencji w wynagrodzeniu za realizację, któregoś z etapów przedmiotu Zamówienia, a następnie, że ma zweryfikować wskazane kwoty, tak aby zgadzały się one z pierwotnie złożoną ofertą. W ocenie Odwołującego na pierwszy rzut oka widać, że oferta wykonawcy Advatech jest niezgodna z postanowieniami siwz, a w szczególności z formularzem cenowym i przytoczonymi powyżej postanowieniami umowy. Z dokumentacji przetargowej wynika wprost, że dostawa licencji Systemu SAM wchodzi w skład Etapu 1, tj. Wdrożenia Systemu, a w konsekwencji wynagrodzenie za licencje winno się mieścić w wynagrodzeniu za Etap 1, który jednocześnie nie powinien przekraczać 50% całego wynagrodzenia. Pomimo tego, Advatech, zaoferował wynagrodzenie za Wdrożenie Systemu bez licencji (poz. 1.1.1. formularza cenowego) oraz wynagrodzenie za licencje (poz. 1.1.5. formularza cenowego) na tak wysokim poziomie, że po zsumowaniu wynagrodzenie za cały Etap 1 znacznie przekraczało 50% łącznego wynagrodzenia za wszystkie cztery Etapy.

W świetle powyższego nie można zdaniem Odwołującego uznać, że korespondencja Zamawiającego z Advatech faktycznie stanowiła wyjaśnienia treści oferty. Odwołujący wskazał za doktryną, że wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj oświadczenia woli wykonawcy (jego oferty), dlatego przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień zmieniających treść złożonej oferty nie może być uznana za wyjaśnienie treści oferty, tylko za negocjacje jej treści, zakazane w art. 87 ust. 1 zd. 2 (Nowicki J.E., Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. III, opublikowano: WKP 2018). Ponadto Odwołujący przywołał stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 23.08.2017 r., sygn. KIO 1636/17. Zdaniem Odwołującego, wielokrotne dopytywanie Advatech o sposób zaliczenia wynagrodzenia za dostawę licencji do wynagrodzenia za poszczególne etapy przedmiotu Zamówienia i dopuszczenie złożenia oświadczenia woli o treści innej niż złożone pierwotnie w ofercie, stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia treści oferty Advatech objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, że zastrzeżone zostały następujące dokumenty:

- Wykaz - doświadczenie (załącznik nr 6 do siwz) wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
- Sprawozdanie finansowe oraz informacja z banku,
- Wykaz - potencjał kadrowy (załącznik nr 7 do siwz) wraz z certyfikatami, Formularz

Oferty Technicznej (załącznik nr 4a do siwz) - opis rozwiązania oraz załącznik dodatkowe moduły,

- Protokół z prezentacji produktu.

Zastrzeżenie tajemnicy zostało podtrzymane przez Advatech w piśmie z dnia 6.05.2019 r., które zostało załączone do składanych Zamawiającemu ww. dokumentów. Zastrzeżone informacje nie zostały odtajnione ani udostępnione innym wykonawcom, w tym Odwołującemu. Odwołujący wskazał na treść art. 8 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także przywołał stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 297/16. W świetle powyższego nie można zdaniem

Odwołującego uznać, że Advatech skuteczne zastrzegł jawność wskazanych informacji. Ewentualne uznanie takiego zastrzeżenia za skuteczne stanowi zdaniem Odwołującego naruszenie nie tylko zasady jawności postępowania, tj. art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale także zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do pierwszej z przesłanek stanowiącej o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał że informacje ujawniane w wykazie zrealizowanych usług są na tak wysokim poziomie ogólnikowości, że brak jest podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Na podstawie wykazu można dowiedzieć się wyłącznie, na rzecz jakiego kontrahenta Advatech świadczył usługi, jaką miały wartość, w jakim okresie były wykonywane i co stanowiło ich przedmiot. Przy czym, ostatnia z tych informacji w ogóle nie może stanowić tajemnicy, ponieważ Zamawiający w siwz określił, jaki musi być przedmiot zamówień, na podstawie których wykonawcy wykazują posiadanie stosownego doświadczenia.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Advatech, znajomość powyższych danych przez ich konkurentów nie może im rynkowo zaszkodzić. Odwołujący podkreślił, że w „Wykazie - doświadczenie" nie wskazuje się informacji dotyczących podstawy

prawnej, szczegółowych zasad współpracy, treści umów czy szczegółowego wynagrodzenia za dane zamówienie. Dopiero pozyskanie takich informacji przez konkurencyjne podmioty mogłoby zagrozić pozycji Advatech na rynku, gdy narazić na ryzyko utraty klientów.

Jeżeli chodzi o warunek nieujawniania informacji do wiadomości publicznej, Odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Advatech zawartym w zastrzeżeniu, podmiot ten na swojej stronie internetowej w zakładce „Klienci" przedstawia podmioty, zarówno z sektora publicznego jak i prywatnego, na rzecz których świadczył usługi. Co więcej, klienci są podzieleni na poszczególne branże.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz postanowienie punktu VI.I.a) siwz, zgodnie z którym w „Wykazie - doświadczenie" Advatech miał wykazać usługi zrealizowane na rzecz instytucji finansowej lub instytucji sektora finansowego (tj. na rzecz banków oraz instytucji kredytowych oraz instytucji finansowych i międzynarodowych instytucji finansowych w rozumieniu ustawy Prawo bankowe bądź też na rzecz spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych lub podmiotów, które prowadzą działalność analogiczną w oparciu o przepisy prawa innego niż prawo polskie), zapoznając się z podstroną „advatech.pl -> klienci -> finanse" bez najmniejszego trudu można ustalić, na rzecz jakich podmiotów z tego sektora Advatech świadczy(ł) usługi. Biorąc dodatkowo pod uwagę określony w siwz przedmiot zamówień, mających wykazać posiadanie przez wykonawcę żądanego doświadczenia, można z łatwością domyślić się, jakie zamówienia na rzecz wskazanych na ww. podstronie podmiotów mógł realizować Advatech.

Odwołujący wskazał, że informacje mające stanowić wg Advatech tajemnicę przedsiębiorstwa, są dostępne bez konieczności eliminowania mechanizmów zabezpieczających.

Bez znaczenia jest przy tym, czy przywoływane z zastrzeżonym wykazie usługi zostały zrealizowane na rzecz podmiotów z sektora prywatnego. Odwołujący przyznał, że podmiotów tych nie obejmuje zasada jawności informacji dotyczących prowadzonych postępowań, jednakże zasadą silniejszą jest zasada jawności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wynikająca z art. 8 Pzp. Z tego względu, nie można przyjmować automatycznie, że jeżeli usługa była wykonywana dla podmiotu z sektora prywatnego, to powinna być zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy. Ubocznie można zauważyć, że takie przełożenie na gruncie przedmiotowej sprawy byłoby tym bardziej niezasadne, że sam Advatech ujawnia publicznie swoich kontrahentów.

Ponadto Odwołujący wskazał, że poza gołosłownymi twierdzeniami, Advatech w żaden sposób nie wykazał, że faktycznie podejmuje działania mające na celu zapewnienie poufności objętych zastrzeżeniem informacji wskazanych w „Wykazie - doświadczenie". Skoro zaś wywodzi on z tych twierdzeń skutki prawne, to po jego stronie leży obowiązek ich udowodnienia. Nie można zdaniem Odwołującego ocenić tych twierdzeń za wiarygodne w przypadku, gdy wykonawca z jednej strony zastrzega, że nie publikuje nazw swoich kontrahentów na stronie www ani nie ujawnia ich w publikacjach medialnych, z drugiej zaś strony ma podstronę „klienci", na które wskazani są jego kontrahenci i to na dodatek z podziałem na branże. W konsekwencji można domniemywać, że również pozostałe wskazane czynności podejmowane są jedynie w teorii na użytek zastrzeżenia, tym bardziej, że Advatech nie pokazuje żadnych, nawet wzorcowych postanowień umownych.

Reasumując powyższe zdaniem Odwołującego odtajnienie informacji zawartych w „Wykazie - doświadczenie" nie doprowadzi do ujawnienia jakichkolwiek danych, których nie można by pozyskać w inny, nieproblematyczny sposób.

Advatech zastrzegł również poufność informacji przedstawionych przez niego w załączniku nr 7 do siwz, tj. w wykazie potencjału kadrowego. Wykonawca wskazał, że dane te stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, ponieważ posiadają wartość handlową - wskazują mianowicie poziom potencjału spółki. Co więcej, ujawnienie wykazu miałoby pozwolić konkurentom Advatech na zidentyfikowanie specjalistów odpowiedzialnych za realizację zamówienia, ponadto Advatech wskazał lakonicznie, że „podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Weryfikując, poszczególne przesłanki uznania zastrzeżonych danych za tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, co następuje. Niezrozumiałe są wywody Advatech co do rzekomo podejmowanych działań. Nie można zdaniem Odwołującego ustalić związku pomiędzy ujawnieniem nazwisk czy stanowisk pracowników i współpracowników tego wykonawcy a zobowiązaniem ich do przestrzegania „tajemnicy przedsiębiorstwa oraz innych tajemnic chronionych". Stwierdzenie takiego związku prowadziłoby do konkluzji, że złamaniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez osoby wskazane w wykazie byłoby wskazania przez nie swojego pracodawcy. Taki wniosek wydaje się być zbyt daleko idący.

Co więcej, wskazane rzekomo podejmowane niezbędne czynności pozostają w sprzeczności z działaniem Advatech, który ujawnia nazwiska i wizerunki swoich pracowników na prowadzonych przez siebie kontach w mediach społecznościowych. Odwołujący wskazał, że bez najmniejszego problemu był w stanie ustalić nazwiska kilkudziesięciu osób związanych z Advatech (pracowników).

Skoro sama spółka publikuje w powszechnie dostępnych miejscach takie informacje, nie mogą one być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nawet gdyby dane pracowników uznać za informacje handlowe, jak twierdzi Advatech, w świetle powyższych ustaleń Odwołującego, nie można zgodzić się ze stanowiskiem, jakoby Advatech podejmował czynności mające zapewnić bezpieczeństwo tym informacjom czy też, aby nie zostały one ujawnione publicznie.

Niezasadne jest stanowisko Advatech, zgodnie z którym ujawnienie wykazu osób doprowadziłoby do umożliwienia konkurentom podkupienia pracowników. Taka argumentacja, zgodnie z orzecznictwem KIO (por. wyrok z dn. 06.02.2017 r., KIO 102/17, KIO 110/17) nie zasługuje na ochronę, a wręcz szkodzi dobru publicznemu, ponieważ ogranicza rotację na rynku osób z wymaganymi kwalifikacjami i doświadczeniami. W szczególności odnosi się to do osób posiadających odpowiednie wykształcenie, kwalifikacje, uprawnienia zawodowe.

Wobec powyższego, zastrzeżenie przez Advatech tajemnicy przedsiębiorstwa wobec dokumentu „Wykaz - potencjał kadrowy" jest nieskuteczne zaś dokument ten winien był zostać odtajniony przez Zamawiającego.

Również w przypadku Formularza oferty technicznej nie zachodzi, w ocenie Odwołującego, podstawa do uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z siwz, którego załącznik nr 4 i nr 4a stanowi powyższy formularz, jedyne informacje, które wykonawca winien był uzupełnić to producent i nazwa Systemu SAM oraz oferowane moduły Systemu (poz. 8 formularza). Dodatkowo wykonawca zobowiązany był zaznaczyć, które z dodatkowych parametrów wymienionych w poz. 7 oferuje.

Powyższe dane nie powinny być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Advatech w swojej ofercie wskazał wprost, że współpracuje z producentem systemu SAM firmą Certero Ltd. Co istotne, systemy tego producenta są dostępne na rynku, w związku z czym każdy może je nabyć, jak również każdy może wystąpić do Certero o udostępnienie informacji produktowych oferowanych systemów oraz podania ich ceny. W ten sposób każda firma funkcjonująca na rynku IT może uzyskać informacje, które w ocenie Advatech są tajne, w tym również informacje, które ze wskazanych przez Zamawiającego dodatkowych parametrów spełnia System SAM oferowany przez producenta, z którym współpracuje Advatech.

Dodatkowo, Advatech argumentuje konieczność zastrzeżenia Formularza oferty technicznej jako tajemnicy przedsiębiorstwa chęcią uniknięcia ujawnienia swojej polityki cenowej oraz „specjalnych warunków zakupu wynegocjowanych przez Wykonawcę dla poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia". Stanowisko to należy uznać w ocenie Odwołującego za całkowicie niezasadne, ponieważ, zgodnie z udostępnionym przez Zamawiającego wzorem Formularza oferty cenowej, w dokumencie Advatech nie był zobowiązany do podawania takiego rodzaju informacji.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę że Advatech, poza lakonicznym stwierdzeniem, że podejmuje czynności mające zapewnić bezpieczeństwo informacjom objętym ww. formularzem, nawet nie wskazał, jakiego rodzaju są to czynności i w jaki sposób są podejmowane.

Z uwagi na powyższe, a w szczególności na ogólnikowość i łatwą dostępność informacji zamieszczonych w Formularzu oferty technicznej, jak również ze względu na niewykazanie przez Advatech, że w jakikolwiek sposób samodzielnie zapewnia bezpieczeństwo tym danych, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa co do Formularza oferty technicznej uznać należy za nieuzasadnione. W konsekwencji, formularz załączony przez Advatech do oferty powinien był zostać ujawniony przez Zamawiającego.

Nieuzasadnione jest też zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wobec protokołu z prezentacji produktu przez Advatech.

Odwołujący wskazał, że produkt oferowany Zamawiającemu przez Advatech jest produktem jawnym i bez problemów dostępnym na rynku. Skoro zatem produkt jest jawny, nie można uznać jego prezentacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę, że Advatech ujawnił dane producenta oferowanego Systemu SAM oraz okoliczność, że z uwagi na konkurencyjność na rynku IT producenci chcą jak najszerzej zaprezentować oferowane produkty, wydaje się, że możliwość uczestniczenia w prezentacji systemu SAM firmy Certero jest możliwa dla podmiotów zainteresowanych nabyciem tego produktu. Z tego względu, jeżeli każdy zainteresowany może zapoznać się z prezentacją, brak jest podstaw do uznania protokołu z prezentacji takiego jawnego produktu za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dodatkowo, Advatech w żaden sposób nie wykazał, jakie czynności podejmuje, aby zapewnić bezpieczeństwo zastrzeżonym informacjom, w związku z czym należy uznać, że nie wykazał spełnienia przesłanek art. 11 ust. 4 ZNKU.

Advatech zastrzegł, że tajemnicą przedsiębiorstwa mają być objęte także złożone przez niego sprawozdanie finansowe oraz opinia bankowa. Dodatkowo, Odwołujący wskazał,

że nie uzyskał wglądu do oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie. Zgodnie z VI.2.s) siwz, w celu spełnienia warunku ekonomicznego udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał średni roczny obrót za ostatni rok obrotowy w wysokości nie mniejszej niż 500.000,00 zł rocznie, w tym minimalny roczny obrót w obszarze objętym zamówieniem (dostawa, wdrożenie i serwis systemu informatycznego klasy SAM) w wysokości minimum 300.000,00 zł. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawca obowiązany był przedłożyć oświadczenie wykonawcy o rocznym obrocie lub obrocie wykonawcy w obszarze objętym zamówieniem, za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe oraz sprawozdanie finansowe albo jego części (por. pkt VIII.C.7 siwz).

W zakresie sprawozdania finansowego Advatech jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zobowiązany jest do corocznego składania sprawozdań finansowych do rejestru przedsiębiorców KRS, a od dwóch lat do Repozytorium Dokumentów Finansowych Ministerstwa Sprawiedliwości. Co istotne, złożone dokumenty - w tym sprawozdania finansowe - są powszechnie dostępne i każdy podmiot może się z nimi zapoznać czy to przeglądając akta w sądzie rejestrowym czy to zapoznając się z dokumentami w repozytorium.

Obok samego sprawozdania, jawny charakter mają także dodatkowe załączane do niego i składane wraz z nim dokumenty. Z tego względu, zapoznając się ze sprawozdaniem, każdy zainteresowany może ustalić, jaki przychód z danej działalności osiąga badany podmiot.

Skoro zaś sprawozdania finansowe są dokumentami jawnymi, zawarte w nich informacje nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ZNKU. Zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez Advatech objęte zostały wyłącznie sprawozdanie finansowe na wykazanie spełnienia warunku ekonomicznego oraz opinia z banku na wykazanie spełnienia warunku finansowego udziału w postępowaniu. Z tego względu należy przyjąć, że albo Advatech nie złożył w ogóle oświadczenia o rocznym obrocie, o którym mowa w punkcie VIII.C.7 siwz, albo że oświadczenie to zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa pomimo braku stosownego zastrzeżenia.

W ocenie Odwołującego, ewentualne zastrzeżenie treści oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż informacje w nim zawarte znajdują się również w sprawozdaniach finansowych Advatech, a tym samym są one powszechnie dostępne. Jak już bowiem wskazano, dostęp do sprawozdań można uzyskać albo poprzez Repozytorium Dokumentów Finansowych albo w siedzibie sądu rejestrowego spółki. Co więcej, Advatech nie wyjawił, jakie może ponieść szkody w przypadku ujawnienia rocznych dochodów lub też rocznych dochodów z działalności objętej przedmiotem Zamówienia.

Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie można uznać również opinii bankowej przedkładanej Zamawiającemu. Dokument ten zawiera bowiem jedynie bardzo ogólne informacje, potwierdzające, że dany wykonawca posiada zdolność kredytową na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, których ujawnienie nie może spowodować żadnej szkody po stronie Advatech. Ponadto, Advatech nie wskazał w zastrzeżeniu, jakie podejmuje działania, aby zapewnić bezpieczeństwo informacjom zawartym z opinii bankowej.

Wobec powyższego ani w przypadku sprawozdania finansowego ani w przypadku opinii bankowej nie zostały spełnione warunki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4.

W dniu 10 czerwca 2019 r. wykonawca Advatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego.

W dniu 18 czerwca 2019 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji wskazanych przez Advatech w następujących dokumentach:

- Wykaz - doświadczenie wraz z dowodami poświadczającymi ich należyte wykonanie,
- Wykaz potencjał kadrowy wraz z certyfikatami,
- Formularz oferty technicznej,
- Sprawozdanie finansowe, informacja z banku oraz oświadczenie o rocznym obrocie,
- Protokół z prezentacji produktu;" tj. naruszenia art. 8 ust. 1 -3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), wskazanego w pkt 1.4. petitum odwołania.

Tego samego dnia zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca

Advatech oświadczył (wiadomość e-mail), że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w powyżej wskazanym zakresie.

Odrębnym pismem z dnia 18 czerwca 2019 r., Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której domagał się oddalenia odwołania w całości w pozostałym zakresie (tj. nieuwzględnionym oświadczeniem o uwzględnieniu).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że wykonawca Advatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Przystępujący) skutecznie zgłosił swój udział w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postpowania, po stronie Zamawiającego.

W zakresie zarzutu w pkt 1.4 (i odpowiednio 2.4) petitum odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Advatech jako tajemnica przedsiębiorstwa, Advatech w następujących dokumentach:

- Wykaz - doświadczenie wraz z dowodami poświadczającymi ich należyte wykonanie,
- Wykaz - potencjał kadrowy wraz z certyfikatami;
- Formularz oferty technicznej,
- Sprawozdanie finansowe, informacja z banku oraz oświadczenie o rocznym obrocie,
- Protokół z prezentacji produktu,

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze, wobec jego uwzględnienia przez Zamawiającego oraz braku sprzeciwu ze strony Przystępującego.

W tym miejscu wskazać należy, że wobec wątpliwości zgłoszonych przez Odwołującego podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania, co do czynności jakie w wyniku oświadczenia o uwzględnieniu ww. zarzutu Zamawiający zamierza podjąć, Izba zwróciła się do Zamawiającego o jednoznaczne ich wskazanie. Wątpliwości Odwołującego powstały na gruncie oświadczenia o uwzględnieniu i braku wskazania tych czynności w jego treści, w szczególności Odwołujący wskazywał na to, że z oświadczenia o uwzględnieniu nie wynika czy zamiarem Zamawiającego jest tylko udostępnienie mu odtajnionych dokumentów czy ich udostępnienie połączone z czynnością unieważnienia wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący argumentował przy tym, wskazując na stanowisko prezentowane w orzecznictwie KIO oraz TSUE, że w przypadku odwołania w którym podnoszony jest zarzut naruszenia art. 8 wobec jego uwzględnienia Izba zawsze nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej uznając, że takie naruszenie miało albo może mieć wpływ na wynik postępowania. Analogiczne w ocenie Odwołującego powinien postąpić w tym postępowaniu Zamawiający, wobec uwzględnienia omawianego zarzutu.

W odpowiedzi Zamawiający jednak wskazał, że jedyną czynnością, jaką zamierza wykonać wobec oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w omawianej części jest udostępnienie Odwołującemu odtajnionych dokumentów. Zamawiający oświadczył, że nie zamierza unieważniać czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert ani ich powtarzać. Ponadto w ocenie Zamawiającego wnioski odwołania nie są tak sformułowane, aby odczytując je należało powiązać wniosek o unieważnienie czynności

wyboru oferty najkorzystniejszej z udostępnieniem zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów.

Wobec powyższych stanowisk, Izba wskazuje co następuje. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, czy też jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie odwoławczej - w części, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (vide: art. 186 ust. 2 i 3a ustawy Pzp). W ocenie Izby wnioski odwołania zostały sformułowane w sposób logiczny i spójny i konstrukcja odwołania nie pozostawia wątpliwości, że po pierwsze Odwołujący domaga się w ramach podniesionych zarzutów unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, następnie udostępnienia mu dokumentów objętych pierwotnie tajemnicą przedsiębiorstwa, a w dalszej kolejności kolejnych czynności stosownie do podniesionych zarzutów. Poza tym nawet jeśli by uznać, że wnioski odwołania są sformułowane zbyt ogólnie, bo nie są skorelowane ściśle z danym zarzutem, to na uwadze należy mieć również zasady wynikające z przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z nimi nie może być żadnych wątpliwości co do tego, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej następuje po czynności badania i oceny ofert i jest jej zwieńczeniem. Natomiast po wyborze oferty najkorzystniejszej może już tylko dojść do udzielenia zamówienia. Zatem w sytuacji, gdy Zamawiający już po wyborze oferty najkorzystniejszej poweźmie jakiekolwiek wątpliwości, co do prawidłowości badania i oceny ofert, w celu powtórzenia tej czynności, powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Należy wskazać, że elementem badania i oceny oferty są m.in. takie czynności zamawiającego jak wezwanie do wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 bądź 4 ustawy Pzp, wezwanie do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ale również i badanie skuteczności zastrzeżenia informacji znajdujących się w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa. Te wszystkie czynności, wskazane jedynie przykładowo, podejmowane są w ramach badania i oceny ofert i dopiero po zakończeniu tego etapu zamawiający może przejść do następnego, tj. ewentualnego wyboru oferty najkorzystniejszej (jeśli taki właśnie wniosek płynie z przeprowadzonego badania i oceny ofert).

Przekładając powyższy wywód na stan przedmiotowej sprawy, Izba wyjaśnia, że w wyniku wniesionego odwołania nastąpiło nic innego jak powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości dokonanej przez niego wcześniej oceny skuteczności objęcia zastrzeżonych przez Przystępującego w treści oferty dokumentów. W wyniku tych wątpliwości czynność wykonana przez Zamawiającego jest niczym innym jak powtórnym badaniem oferty Przystępującego, chociaż w ograniczonym zakresie dotyczącym tylko skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej jednak czynność - tj. ponowne badanie oferty Przystępującego w omawianym zakresie - nie może być dokonana w oderwaniu od unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ze względów wskazanych powyżej. Ponadto Izba wskazuje, że jest to czynność, która może mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ Odwołującemu od momentu udostępnienia odtajnionych dokumentów rozpoczyna bieg (w tym przypadku 10 dniowy) termin na wniesienie odwołania i nie jest wykluczone, iż w związku z tym podniesie on zarzuty.

W tym miejscu Izba odniesie się do stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym wobec jednoznacznego oświadczenia Zamawiającego o braku zamiaru unieważnienia wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, należy mieć wątpliwości co do tego czy takie oświadczenie jest rzeczywiście oświadczeniem o uwzględnieniu odwołania w części i czy wobec tego postępowanie odwoławcze w tym zakresie powinno zostać umorzone. Izba wskazuje, że omawiany przepis, tj. „W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.” jest skierowany do zamawiającego, a nie do Izby. W wyniku jednoznacznego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w całości bądź w części, Izba nie bada następnie tego jakie czynności w wyniku tego oświadczenia zostaną podjęte przez zamawiającego ani czy są to czynności czyniące zadość żądaniom odwołującego. Innymi słowy dla umorzenia postępowania odwoławczego wystarczacie jest jednoznaczne oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości bądź w części, natomiast kwestia tego jakie czynności zostaną następnie podjęte przez zamawiającego oraz ocena tego czy wypełniają żądania odwołania nie jest przez Izbę badana. Kwestia ta może natomiast podlegać ewentualnej kontroli w ramach postępowania odwoławczego, w sytuacji gdy dany wykonawca ma poczucie, że czynności zamawiającego nie czynią zadość wnioskom odwołania albo że zamawiający w ogóle zaniechał czynności które w wyniku uwzględnienia odwołania w całości bądź w części powinny być przez niego podjęte. Stosownie do treści art. 189 ust. 2 pkt 5 Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W ocenie składu orzekającego w przedmiotowej sprawie jeśli Zamawiający jedynie udostępni zastrzeżone nieskutecznie informacje bez unieważnienia czynności wyboru oferty

Przystępującego jako najkorzystniejszej, objętej przedmiotowym odwołaniem (na którą to czynność termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 6 czerwca 2019 r.), to Odwołujący będzie uprawniony do wniesienia odwołania na zaniechanie tej czynności bez obawy, że odwołanie takie będzie podlegać odrzuceniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający zawarł Istotne postanowienia Umowy (dalej jako wzór umowy). W § 1 „Definicje" zawarł m.in. definicję „Systemu" rozumiany jako: „system

... (do uzupełnienia nazwa systemu, zgodnie z Ofertą) typu SAM (Software Asset Management) do zarządzania zgodnością licencyjną oprogramowania w środowisku Zamawiającego, zgodny z OPZ, FOT i złożoną przez Wykonawcę Ofertą oraz wszystkimi modyfikacjami zleconymi w ramach Umowy, w tym zamówieniami opcjonalnymi" oraz definicję „Wdrożenia" pod pojęciem którego Zamawiający rozumie: „usługi polegające na uruchomieniu Systemu poprzez jego zainstalowanie na infrastrukturze w siedzibie Zamawiającego,

przekazanie licencji do Systemu, wykonanie parametryzacji lub konfiguracji startowej,

wykonanie działań zgodnie z opracowanym przez Wykonawcę i zaakceptowanym przez Zamawiającego projektem techniczno- funkcjonalnym."

Ponadto zgodnie z § 2 „Przedmiot umowy" ust. 1 wzoru umowy „Na warunkach określonych Umową, Wykonawca zobowiązuje się, w ramach zamówienia podstawowego, do sprzedaży, Wdrożenia, Serwisu Systemu, przeprowadzenia warsztatowego przekazania wiedzy, weryfikacji i dostosowania istniejących procedur w zakresie zarządzania procesem licencjonowania oraz dostarczenia Dokumentacji Zamawiającemu."

Natomiast stosownie do treści § 3 „Realizacja umowy, terminy" ust. 1 pkt 1) lit a) „Wykonawca zobowiązuje się do realizacji przedmiotu Umowy w następujących terminach:

1) sprzedaż, Wdrożenie Systemu, przeprowadzenie warsztatowego przekazania wiedzy, weryfikacja i dostosowanie istniejących procedur w zakresie zarządzania procesem licencjonowania oraz dostarczenie Dokumentacji - nie później niż w terminie 12 miesięcy liczonym od daty podpisania Umowy, z zastrzeżeniem poniższych zasad:

(a) Wdrożenie Systemu w terminie do 1 miesiąca, liczonym od daty podpisania Umowy (Etap 1);".

Z treści § 6 „Wynagrodzenie" ust. 2 pkt 1) wynika natomiast: „Wynagrodzenie za realizację

przedmiotu Umowy określonego w § 2.1 (zamówienie podstawowe) wynosi: .....

PLN brutto, w tym:

1) wynagrodzenie za sprzedaż, Wdrożenie Systemu, przeprowadzenie warsztatowego przekazania wiedzy, weryfikację i dostosowanie istniejących procedur w zakresie zarządzania procesem licencjonowania oraz przekazanie Dokumentacji, w tym wynagrodzenie z tytułu

udzielenia licencji do Systemu i przeniesienia autorskich praw majątkowych do Dokumentacji wynosi:.....PLN brutto, w tym:

(a) za realizację Etapu I wynosi:.....PLN brutto;

(b) za realizację Etapu II wynosi:.....PLN brutto;

(c) za realizację Etapu III wynosi:.....PLN brutto;

(d) za realizację Etapu IV wynosi:.....PLN brutto;

2) wynagrodzenie za Serwis wynosi.....PLN brutto."
§6 ust. 4 wzoru umowy brzmi: „Zamawiający dokona płatności za zrealizowane zamówienia na podstawie faktur VAT wystawianych przez Wykonawcę, zgodnie z poniższymi zasadami:

1) po podpisaniu bez zastrzeżeń protokołu odbioru Etapu I - wynagrodzenie określone w §

2) po podpisaniu bez zastrzeżeń protokołu odbioru Etapu II - wynagrodzenie określone w §

3) po podpisaniu bez zastrzeżeń protokołu odbioru Etapu III - wynagrodzenie określone w §

4) po podpisaniu bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego - wynagrodzenie określone w §6.2.1)(d);

5) po podpisaniu bez zastrzeżeń protokołu odbioru realizacji Opcji - wynagrodzenie określone w Ofercie dla zleconego zamówienia opcjonalnego."

W załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający zawarł „Formularz cenowy", składający się z dwóch taeli. Tabela 1 obejmuje „część gwarantowaną", natomiast Tabela 2 „część

opcjonalną". Tabela 1 składała się z poz. 1.1. „wynagrodzenie za sprzedaż, Wdrożenie Systemu, przeprowadzenie warsztatowego przekazania wiedzy, weryfikację i dostosowanie istniejących procedur w zakresie zarządzania procesem licencjonowania oraz przekazanie Dokumentacji, w tym wynagrodzenie z tytułu udzielenie licencji do Systemu i przekazania praw autorskich do Dokumentacji", która dzieli się na podpozycje 1.1.1 Realizacja Etapu I (wartość nie może przekraczać 50% wynagrodzenia całościowego określonego w poz. 1.1), 1.1.2, Realizacja Etapu II (wartość nie może przekraczać 15% wynagrodzenia całościowego określonego w poz. 1.1), 1.1.3 Realizacja Etapu III (wartość nie może przekraczać 15% wynagrodzenia całościowego określonego w poz. 1.1), 1.1.4 Realizacja Etapu III oraz 1.1.5 System SAM (licencje). Pod Tabelą 1 znajdują się przypisy o treści: „Pozycja 1.1.1 zawiera wyodrębnioną kwotę z poz. 1.1. Nie podlega ona dodatkowemu sumowaniu.", „Pozycja 1.1.2 zawiera wyodrębnioną kwotę z poz. 1.1. Nie podlega ona dodatkowemu sumowaniu.", „Pozycja 1.1.3 zawiera wyodrębnioną kwotę z poz. 1.1. Nie podlega ona dodatkowemu sumowaniu.", „Pozycja 1.1.4 zawiera wyodrębnioną kwotę z poz. 1.1. Nie podlega ona dodatkowemu sumowaniu.", „Pozycja 1.1.5 zawiera wyodrębnioną kwotę z poz. 1.1. Nie podlega ona dodatkowemu sumowaniu.".

Przystępujący złożył wraz z ofertą Formularza cenowy gdzie wynagrodzenie z poz. 1.1 zaprezentował w ten sposób, że rozbił je na poszczególne kwoty w podpozycjach od 1.1.1 do 1.1.5. Zamawiający wezwał Przystępującego pismem z dnia 17 kwietnia 2019 r., w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia Formularza cenowego, tj. „Wskazanie, w których pozycjach dotyczących Realizacji Etapów (1.1.1.-1.1.4.) powinny zostać ujęte koszty za licencje na System SAM, które zostały wycenione przez Państwa w poz. 1.1.5. Licencje te są częścią składową wycenionego zamówienia w poz. 1.1., niemniej powinny być dla potrzeby prawidłowego rozliczenia Umowy (par. 6. ust. 2 pkt 1) IPU) ujęte w płatnościach za poszczególne Etapy. Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie, w jakich kwotach i w ramach których Etapów powinny być rozliczone licencje przez wskazanie opłat całościowych za poszczególne Etapy, wliczając w to wycenione w poz. 1.1.5. Licencje? Zamawiający jednocześnie zwraca uwagę na wskazane w Formularzu cenowym ograniczenia procentowe, co do maksymalnego rozłożenia płatności za wykonanie tej części (poz. 1.1 Formularza cenowego) zamówienia podstawowego."

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 23 kwietnia 2019 r., Przystępujący przedstawił poprawioną Tabelę 1 w ten sposób, że kwotę z podpozycji 1.1.5 uwzględnił w podpozycjach 1.1.1 do 1.1.4 zwiększając pierwotnie wskazane tam kwoty, jednak z zachowaniem wyznaczonych przez Zamawiającego limitów procentowych.

Następnie pismem z dnia 26 kwietnia 2019 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wskazując, że „w ocenie Zamawiającego suma pozycji od 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3, 1.1.4 tabeli, tj. za poszczególne etapy, która została złożona wraz z wyjaśnieniami różni się od zadeklarowanego wynagrodzenia wskazanego w poz. 1.1 tabeli (suma etapów), które zostało określone w złożonej Ofercie Wykonawcy, jak również w wyjaśnieniach."

W odpowiedzi z dnia 29 kwietnia 2019 r. Przystępujący przesłał poprawioną Tabelę 1 z podpozycjami od 1.1.1 do 1.1.4 w ten sposób, że kwota z podpozycji została zwiększona o 1 grosz.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby w świetle postanowień wzoru umowy (vide: definicja „Systemu" i „Wdrożenia" zawarte w § 1 ust. 1 wzoru umowy, § 3 ust. 1 pkt 1) lit. a) wzoru umowy) zasadnym jest twierdzenie, że dostawa licencji ma nastąpić już w ramach wykonania Etapu I umowy, jednak analiza postanowień § 6 ust. 2 pkt 1) prowadzi do wniosku, że płatność za dostawę licencji nie musiała być zrealizowana tylko i wyłącznie w ramach płatności za Etap I, jak twierdzi Odwołujący. Do odmiennego wniosku nie prowadzi również, wbrew twierdzeniom Odwołującego, lektura postanowienia zawartego w § 6 ust. 4 wzoru umowy.

Nie sposób również zgodzić się z interpretacją Odwołującego dotyczącą Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, zgodnie z którą w celu ustalenia, czy limity dla poszczególnych Etapów wskazanych w jego treści, w tym przede wszystkim dla Etapu I (poz. 1.1.1.) należy obliczyć przez zsumowanie tej właśnie pozycji z pozycją 1.1.5. „System SAM (licencje)". Wskazać bowiem należy, że w treści Formularza cenowego (vide: przypisy pod sporną Tabelą 1) Zamawiający poczynił wyraźne zastrzeżenie, zgodnie z którym „Pozycja 1.1.1 zawiera wyodrębnioną kwotę z poz. 1.1. Nie podlega ona dodatkowemu sumowaniu." Analogiczne postanowienia dotyczą wszystkich pozostałych poz. od 1.1.2 do 1.1.5. W świetle powyższego nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, zgodnie z którym w celu dokonania oceny, czy limit wskazany w poz. 1.1.1 „Realizacja Etapu I" jako „wartość nie może przekraczać 50% wynagrodzenia całościowego określonego w poz. 1.1" należałoby zsumować wartość podaną w tej pozycji z wartością z poz. 1.1.5 „System SAM (licencje)".

Ponadto jak już wskazano powyżej, takie stanowisko nie może być również uzasadnione tym, że wartość licencji mogła zostać wliczona tylko do wartości Etapu I.

Z tych względów nie potwierdził się zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie negocjacji treści oferty sprowadzał się w istocie do tego, że „Zamawiający dwukrotnie wprost zasugerował zmianę treści oferty, a zwłaszcza treści Formularza cenowego, wskazując Advatech, że musi „umieścić" wynagrodzenie za dostawę licencji w wynagrodzeniu za realizację, któregoś z etapów przedmiotu Zamówienia, a następnie, że ma zweryfikować wskazane kwoty, tak aby zgadzały się one z pierwotnie złożoną ofertą".

W ocenie Izby zarzut ten również się nie potwierdził. Przede wszystkim wskazać należy, że zgodnie z treścią Formularza cenowego Tabela 1, w poz. 1.1 należało wskazać „wynagrodzenie za sprzedaż, Wdrożenie Systemu, przeprowadzenie warsztatowego przekazania wiedzy, weryfikację i dostosowanie istniejących procedur w zakresie zarządzania procesem licencjonowania oraz przekazanie Dokumentacji, w tym wynagrodzenie z tytułu udzielenie licencji do Systemu i przekazania praw autorskich do Dokumentacji". Następnie jak wynika z graficznego układu Tabeli 1 pozycja ta miała zostać rozbita na następujące pozycje: 1.1.1. Realizacja Etapu I, 1.1.2, Realizacja Etapu II, 1.1.3 Realizacja Etapu III, 1.1.4 Realizacja Etapu III oraz 1.1.5 System SAM (licencje). Dodatkowo wobec każdej z pozycji od 1.1.1 do 1.1.5 w przypisach Zamawiający wskazał, że zawierają one wyodrębnione kwoty z poz. 1.1. i nie podlegają one dodatkowemu sumowaniu.

W pierwotnie złożonym przez Przystępującego Formularzu cenowym wraz z ofertą pozycje od 1.1.1 do 1.1.5 sumowały się do kwoty wskazanej w poz. 1.1 zatem w rozbiciu na pozycje od 1.1.1. do 1.1.5 Przystępujący zaprezentował całą kwotę składającą się na „wynagrodzenie za sprzedaż, Wdrożenie Systemu, przeprowadzenie warsztatowego przekazania wiedzy, weryfikację i dostosowanie istniejących procedur w zakresie zarządzania procesem licencjonowania oraz przekazanie Dokumentacji, w tym wynagrodzenie z tytułu udzielenie licencji do Systemu i przekazania praw autorskich do Dokumentacji" wskazaną w poz. 1.1. Rzeczywiście jest tak, że w pierwotnie złożonym z ofertą Formularzu cenowym Przystępujący nie wliczył w wartość Etapów od I do IV (tj. w pozycjach 1.1.1 do 1.1.4) kwoty za „System SAM (licencje)", którą wyszczególnił w pozycji 1.1.5. W ocenie Izby z treści samego tylko Formularza cenowego nie sposób wywieźć, że należało to zrobić. Dopiero zestawiając treść tego Formularza z treścią § 6 ust.2 pkt 1) nasuwa się wniosek zgodnie z którym wartość tę należało wliczyć w poszczególne etapy jednak wniosek ten nie jest jednoznaczny, gdyż nadal do wypełnienia pozostawała pozycja 1.1.5 Formularza, a co oznacza, że wliczając wartość licencji w pozycje 1.1.1. do 1.1.4 tj. w poszczególne Etapy I do IV, a oprócz tego wskazując ten sam koszt oddzielnie w pozycji 1.1.5 doszło by do wskazania tego kosztu podwójnie, a wtedy suma poz. 1.1.1 do 1.1.5 nie dała by kwoty z poz. 1.1, co jak się wydaje również mogłoby narazić Przystępującego na zarzut wadliwego wypełnienia Formularza cenowego, sprowadzający się do podwójnego wskazania tego samego kosztu (tj. kosztu licencji).

Z powyższego wynika, że sposób wypełnienia Formularza cenowego nie był oczywisty i mógł nasuwać problemy interpretacyjne. Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie Izby stanowiskiem wątpliwości wynikające z treści dokumentacji przetargowej nie mogą negatywnie obciążać wykonawcy. W ocenie składu orzekającego pogląd ten należy zastosować również w przedmiotowej sprawie.

Następnie wskazać należy, że w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, że cena oferty nie uległa zmianie, a wszelkie zmiany wysokości płatności za poszczególne Etapy, do jakich doszło w wyniku udzielonych wyjaśnień odbyły się w ramach zaoferowanej ceny. Nie sposób wobec tego stwierdzić, że w wyniku wyjaśnień doszło do uzupełnienia treści oferty o elementy, których pierwotnie ona nie zawierała.

Ponadto Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym pierwotnie kwota wskazana przez Przystępującego w pozycji 1.1.1 i 1.1.5 po zsumowaniu przekraczała limit wskazany w pozycji 1.1.1, a w wyniku udzielonych wyjaśnień w tym zakresie doszło do zmiany treści oferty poprzez wskazanie kwoty mieszczącej się w wyznaczonym limicie. Jak już Izba wskazała powyżej w uzasadnieniu taka interpretacja nie znajduje oparcia w treści Formularza cenowego ani w treści wzoru umowy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: .....