Sygn. akt: KIO 3364/20

WYROK
z dnia 12 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Poprawa .....**
Protokolant: **Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia2020 roku przez **Wykonawcę Konsultant IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**,
w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Katowickie Centrum Onkologii z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Katowickie Centrum Onkologii** z siedzibą w Katowicach i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   2.2 zasądza od Zamawiającego Katowickiego Centrum Onkologii z siedzibą w Katowicach na rzecz Odwołującego Konsultant IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) 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 3364/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Katowickie Centrum Onkologii w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Zakup, dostawa, wdrożenie systemu informatycznego do obsługi pracowni cytostatyków dla Katowickiego Centrum Onkologii", nr zamówienia: K.C.O./PN/44/2020, zwane dalej postępowaniem.
Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2019, poz. 1843z późn. zn.) zwanej dalej „Ustawą" lub „Pzp", o wartości zamówienia powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 23 września 2020 r. pod numerem: 2020/S 185-446124.
W dniu 18 grudnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie prze wykonawcę Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej Odwołującym) wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w przedmiotowym postępowaniu, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz na zaniechaniu badania i oceny oferty Odwołującego.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ")
   z uwagi na rzekome zaoferowanie przez Odwołującego niespełniającego wymagań SIWZ oprogramowania do obsługi pracowni cytostatyków oraz poprzez niepodanie uzasadnienia podjętej decyzji;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ")
   z uwagi na rzekome zaoferowanie przez Odwołującego niespełniającego wymagań SIWZ oprogramowania do obsługi pracowni cytostatyków oraz poprzez niepodanie uzasadnienia podjętej decyzji;
3. art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie badania i oceny oferty, w szczególności
   w zakresie zastrzeżenia próbki, zawierającej wersję demonstracyjną oferowanego oprogramowania, jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz w zakresie zgodności zaoferowanego przez Odwołującego oprogramowania z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny oferty Odwołującego zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych;
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ, będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży systemów informatycznych obsługujących placówki służby zdrowia, złożył ważną ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Odwołującego opisane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego wskazują, że oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona. Działania i zaniechania Zamawiającego, do których doszło w przedmiotowym postępowaniu powodują, że Odwołujący może ponieść szkodę z uwagi na brak

możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a w efekcie może utracić korzyści związane z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei w przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma nadal szansę na uzyskanie przedmiotowego postępowania, ponieważ oferta Odwołującego klasyfikuje się na pierwszym miejscu (biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert „cena").

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp - dot. bezzasadnego uznania, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 23 września 2020 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup, dostawę i wdrożenie systemu informatycznego do obsługi pracowni cytostatyków dla Katowickiego Centrum Onkologii. Zgodnie z rozdz. SIWZ pn. „Ocena ofert" Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena brutto z wagą 60 %, ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu z wagą 20 % oraz parametry techniczne z wagą 20 %. W przypadku kryterium oceny ofert „ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu" Zamawiający wymagał dostarczenia
i przygotowania do testu oprogramowania i sprzętu w terminie zgodnym z harmonogramem. Testowanie systemu miało się odbyć w siedzibie Zamawiającego według schematu testu, który stanowi załącznik nr 8 do SIWZ. W opublikowanych na stronie internetowej wyjaśnieniach SIWZ z dnia 23 października 2020 r. Zamawiający wskazał, że przeprowadzenie testów nastąpi niezwłocznie po terminie składania ofert (pytanie nr 32). Ponadto w załączniku nr 8 do SIWZ (schemat testu) Zamawiający zawarł informację, że „zastrzega sobie prawo odrzucenia oferty, jeśli w trakcie testów wykryje niezgodności z oświadczeniem Oferenta lub brak funkcji wymaganej w załączniku nr 2 do SIWZ", co oznaczałoby, że próbka w przedmiotowym postępowaniu spełnia podwójną funkcję, bowiem stanowi kryterium oceny ofert oraz dokument przedmiotowy, który ma potwierdzać, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego.

W dniu 26 listopada 2020 r. miało miejsce otwarcie złożonych ofert. Z informacji
z otwarcia wynika, że zostały złożone dwie oferty, tj. oferta Odwołującego - Konsultant IT sp. z o.o. z ceną ofertową 525 449,24 zł oraz oferta Synektik S.A. z ceną ofertową 978 923,79 zł.

Odwołujący składając ofertę w formularzu ofertowym wskazał, że informacje składające się na ofertę, zawarte w dostarczonym na wezwanie Zamawiającego systemie w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet), tj. próbka, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1913; dalej jako „Uznk") oraz przedłożył uzasadnienie wskazujące na zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyżej wymienionych informacji. Ponadto Odwołujący w formularzu cenowym zadeklarował, że oferowany przez Odwołującego system informatyczny do obsługi pracowni cytostatyków spełnia wszystkie obligatoryjne wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ.

W dniu 9 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że „Wykonawca złożył do oferty zastrzeżenie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób oczywiście niezasadny i zdaniem Zamawiającego w celu ograniczenia dostępu do informacji pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu (...). Sytuacja taka jest próbą uzyskania nad innymi wykonawcami przewagi konkurencyjnej w sposób wadliwy. Tak skonstruowane zastrzeżenie ogranicza podstawową zasadę postępowania, tj. zasadę jawności, a powołanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa ma na celu jedynie uzyskanie przewagi konkurencyjnej w sposób niewłaściwy, bo zdaniem Zamawiającego poprzez popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający stoi
na stanowisku, że z analizy podstaw zastrzeżenia możliwe jest wywiedzenie bezpośredniego wniosku, że zastrzeżenie to zostało złożone w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji danej oferty i zwiększenia przewagi konkurencyjnej również w przyszłych ewentualnych postępowaniach".

Odwołujący zwraca uwagę, że choć jawność postępowania jest naczelną zasadą,
na której opiera się system zamówień publicznych, to od wymienionej zasady istnieją ustawowo określone wyjątki pozwalające na ograniczenie dostępu do określonych informacji, m.in. zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący skorzystał z uprawnienia, które daje mu ustawa Prawo zamówień publicznych i wraz z ofertą zastrzegł i wykazał, że informacje dotyczące próbki stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane.

W dalszej kolejności Odwołujący podkreśla, że z orzecznictwa Sądu Najwyższego, sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r. o sygnaturze akt KIO 279/15, wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2015 r. o sygnaturze akt: KIO 561/15, wyrok KIO z dnia 11 lutego 2015 r. o sygnaturze akt: KIO 174/15) wynika,
że niewykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, niesie
za sobą jedynie konsekwencję w postaci odtajnienia informacji i uznania, że zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne. W uchwale z dnia 21 października 2005 r. o sygnaturze akt: III CZP 74/05 Sąd Najwyższy przesądził, że „negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki decydującej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji wywołuje konsekwencje w postaci wyłączenia przewidzianego w art. 96 ust. 4 zdanie pierwsze Pr.z.p. zakazu ujawniania informacji, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania nie przesądza niezgodność oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z tym że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania". Wobec powyższego, w przedmiotowej sprawie jedyną możliwą negatywną sankcją dla Odwołującego za nieskuteczne zastrzeżenie informacji - w zakresie próbki - jako tajemnicy przedsiębiorstwa mogło być odtajnienie tych informacji, a nie odrzucenie oferty, choć w opinii Odwołującego informacje dotyczące próbki zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a Odwołujący w wystarczającym stopniu wykazał spełnienie przesłanek określonych w art, 11 ust. 2 Uznk.

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 Uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne
z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W § 3 ust. 2 Uznk ustawodawca wymienił przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji takie jak wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe
lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi. M. Jaworska wskazuje, że „określone zachowania noszące znamiona czynów konkurencyjnych powinny być badane najpierw przez pryzmat przesłanek określonych w przepisach art. 5-17g ZNKU, a dopiero wówczas, gdy kwestionowane przez innego przedsiębiorcę działania nie mieszczą się w dyspozycji żadnego z tych przepisów, powstaje potrzeba dokonywania ich oceny w świetle przesłanek klauzuli generalnej, zawartych w art. 3 ZNKU, zawierającym uniwersalną niejako postać czynu nieuczciwej konkurencji (zob. wyr. SN z 2.2.2001 r., IV CKN 255/00, Legalis). Uznanie konkretnego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga zatem ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu, określonego w przepisach art. 5-17g ZNKU, lub deliktu w nich nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ZNKU (zob. wyr. SN z 22.10.2002 r., III CKN 271/01, Legalis)". Również orzeczenia wydawane przez Krajową Izbę Odwoławczą potwierdzają, że „W przypadku podnoszenia zarzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu" (M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red red. M. Jaworskiej, r. 2020, wyd.12).

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego opiera się na niepopartych żadnymi dowodami twierdzeniach, że Odwołujący dokonał zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu „uzyskania nad innymi wykonawcami przewagi konkurencyjnej".

W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, że w istocie Odwołujący realizował przysługujące mu uprawnienie do objęcia pewnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, każde zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ogranicza innym wykonawcom dostęp do zastrzeżonej części oferty, a co za tym idzie, każde zastrzeżenie przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa oznaczałoby czyn nieuczciwej konkurencji i automatyczne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Takiej argumentacji nie sposób zaakceptować. Zamawiający w żaden sposób nie skonkretyzował na czym miałoby polegać działanie Odwołującego by mogło być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nawet przyjmując, że Zamawiający dokonując odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp miał na myśli klauzulę generalną czynu nieuczciwej konkurencji określoną w art. 3 ust. 1 Uznk, to Zamawiający i tak nie wskazał z którym przepisem prawa i z jakim dobrym obyczajem miałoby być sprzeczne działanie Odwołującego oraz nie wykazał, że działanie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W wyroku z dnia 3 marca 2020 r.
o sygnaturze akt: KIO 314/20 Krajowa Izba Odwoławcza za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 Uznk wskazując,
że „Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei w myśl art. 3 ust. 1 u.z.n.k czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten wskazuje na otwarty katalog sytuacji, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5-17d u.z.n.k, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97).

Oznacza to, iż aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k, tj.
że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta".

Tymczasem to co wynika z argumentacji Zamawiającego, sprowadza się ona
do stwierdzenia, że „Zamawiający stoi na stanowisku, że z analizy podstaw zastrzeżenia możliwe jest wywiedzenie bezpośredniego wniosku, że zastrzeżenie to zostało złożone w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji danej oferty i zwiększenia przewagi konkurencyjnej również w przyszłych ewentualnych postępowaniach." Zamawiający zdaje się przy tym zapominać, że będące skutkiem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczenie innym wykonawcom weryfikacji danej oferty, nie narusza interesów innego przedsiębiorcy - wykonawcy. Inny wykonawca nie bierze udziału w postępowaniu przetargowym, by weryfikować konkurencyjne oferty. On stara się wygrać przetarg. To rolą Zamawiającego jest weryfikacja ofert. Weryfikacja konkurencyjnej oferty dokonywana przez wykonawcę podejmowana jest w wypadku, gdy to Zamawiający nie wykonuje prawidłowo swoich obowiązków. W efekcie tajemnica przedsiębiorstwa utrudnia wykonawcom weryfikację prawidłowości działania lub zaniechania Zamawiającego. Należy pamiętać, że wykonawcy nie mogą w toku postępowania zaskarżać czynności innych wykonawców, a jedynie czynności Zamawiającego. W efekcie już samo założenie Zamawiającego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa mogłoby być nakierowane przeciwko innym wykonawcom, jest błędne. Zastrzeżenie tajemnicy służy ochronie interesów zastrzegającego, a nie jest działaniem p-ko komuś. W przypadku czynu nieuczciwej konkurencji związanego z tajemnicą przedsiębiorstwa, ustawodawca sam wskazuje na taki czyn - jest nim, zgodnie z art. art. 3 ust. 2 u.z.n.k, ujawnienie cudzej tajemnicy, czyli naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie podejmowanie działań w kierunku ochrony takiej tajemnicy.

Reasumując Zamawiający odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp powinien opisać na czym konkretnie polegało działanie Odwołującego oraz zakwalifikować
to działanie jako konkretny delikt (czyn nieuczciwej konkurencji). Z kolei w przypadku zakwalifikowania działania Odwołującego, jako czynu nieuczciwej konkurencji opisanego
w art. 3 ust. 1 Uznk (klauzula generalna) do wykazania popełnienia takiego czynu niezbędne jest wystąpienie dwóch elementów łącznie. Po pierwsze taki czyn musi być niezgodny

z prawem lub dobrymi obyczajami. Po drugie czyn nieuczciwej konkurencji ma zagrażać interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź naruszać go. Zatem Zamawiający powinien wskazać, który przepis prawa lub jaki dobry obyczaj został naruszony przez Odwołującego poprzez złożenie oferty. Ponadto powinno zostać wykazane zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta przez Odwołującego. W uzasadnieniu odrzucenia oferty przez Zamawiającego zabrakło tych elementów. „W warunkach wolnej gospodarki rynkowej każde zachowanie przedsiębiorcy, które nie jest reglamentowane prawem bezwzględnie obowiązującym, jest prawnie dopuszczalne", a zatem korzystanie przez Odwołującego z przysługującego mu prawa do zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, czyli działanie niekwestionowanie zgodne z literą prawa, nie może być negatywnie sankcjonowane przez Zamawiającego. Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że utożsamienie działań polegających na zastrzeganiu konkretnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z popełnieniem czyny nieuczciwej konkurencji jest nieodrzecznie, dlatego Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

2.Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp

- dot. bezzasadnego uznania, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wywodzi, że „Wykonawca wskazał, że próbka jest produktem autorskim, przygotowanym wyłącznie dla celów niniejszego postępowania, co stoi w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w specyfikacji, gdzie przedmiotem oferty i jej weryfikacji miał być standardowy program do obsługi Pracowni Cytostatyków, a nie eksperymentalny pomysł Wykonawcy w celu osiągnięcia określonych funkcjonaliści wymaganych przez Zamawiającego, co więcej takich których spełnienie bądź niespełnienia oferent nie jest skłonny zweryfikować publicznie."

Odwołujący składając ofertę objął tajemnicą przedsiębiorstwa informację, tj. próbkę, zawierającą wersję demonstracyjną oferowanego oprogramowania, wskakując przede wszystkim, że objęcie próbki tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnia okoliczność, że jest ona przygotowywana na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący przygotowując próbkę, celem jej testowania przez Zamawiającego, wykorzystał oferowane oprogramowanie standardowe, które korzysta z ochrony prawno-autorskiej, a ponadto dokonał prac konfiguracyjnych celem dostosowania próbki do wymagań wynikających ze schematu testu, który stanowi załącznik nr 8 do SIWZ. W efekcie, zdaniem Odwołującego, istniała potrzeba objęcia informacji, składających się na próbkę, tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. informacji, wbrew temu co twierdzi Zamawiający, wcale nie wskazuje, że Odwołujący zaoferował Zamawiającemu „eksperymentalny pomysł". Odwołujący podkreśla, że samo przygotowanie próbki i jej prezentacja w siedzibie Zamawiającego przez przedstawicieli Odwołującego - zdaniem Odwołującego - stanowi informację, które są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd Odwołujący zdecydował się zastrzec informacje na temat próbki i wykazać, że próbka podlega ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wspiera argumentem jakoby nie był w stanie zweryfikować, czy oferta jest zgodna z wymaganiami SIWZ. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie pozbawia Zamawiającego prawa badania i oceny dokumentów, które są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający miał nie tylko prawo, ale przede wszystkim obowiązek, dokonać badania i oceny oferty Odwołującego, po pierwsze w zakresie skutecznego zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a po drugie poprzez przeprowadzenie testu oferowanego systemu. Zastrzeżenie tajemnicy nie skutkuje bowiem wobec Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości czy informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez Odwołującego zostały skutecznie zastrzeżone, a w opinii Odwołującego zostały skutecznie zastrzeżone, to powinien zbadać czy zastrzeżone informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, czy zostały wykazane przesłanki określone w art. 11 ust. 2 Uznk oraz czy został zachowany termin, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp. W przypadku stwierdzenia zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający miał prawo i obowiązek zapoznać się z informacjami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, co oznacza, że Zamawiający miał obowiązek dokonać badania i oceny oferty Odwołującego, w tym w zakresie zgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami przedmiotowymi postawionymi w SIWZ. W przypadku stwierdzenia, że informacje zostały bezskutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, informacje podlegały odtajnieniu, co oznacza, że zarówno Zamawiający jak i inni wykonawcy mogą mieć wgląd do podanych przez Odwołującego informacji i mogą samodzielnie weryfikować zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ. Jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. o sygnaturze akt: III CZP 74/05 „negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki decydującej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji wywołuje konsekwencje w postaci wyłączenia przewidzianego w art. 96 ust. 4 zdanie pierwsze Pr.z.p. zakazu ujawniania informacji, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania nie przesądza niezgodność oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z tym że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania". Uchwała Sądu Najwyższego bezsprzecznie rozstrzyga konsekwencje bezskutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i przyjmuje, że nieskuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wiąże się jedynie z przywróceniem zasady jawności postępowania, natomiast nie jest możliwe odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę.

Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty, obok art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, wskazał także art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Co istotne Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wskazał z jakimi konkretnie postanowieniami SIWZ sprzeczna jest oferta Odwołującego.

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest możliwe tylko i wyłącznie gdy zamawiający udowodnił na czym polega niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2020 r. o sygnaturze akt: KIO 1341/20 wyjaśniano, że „Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe jest jedynie w przypadkach, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, przy czym dotyczyć musi

ona sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania deklarowanego w ofercie. (...) Zawsze także winno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność
ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi,
skwantyfikowanym i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ". Także w kolejnym wyroku z dnia 7 lipca 2020 r. o sygnaturze akt: KIO 1136/20 Krajowa Izba Odwoławcza podkreślała, że „Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. (...). Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada
w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ".

W uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazano, że przedmiotem oferty miał być standardowy program do obsługi pracowni cytostatyków, tymczasem, w opinii Zamawiającego, Odwołujący zaoferował „eksperymentalny pomysł Wykonawcy w celu osiągnięcia określonych funkcjonaliści wymaganych przez Zamawiającego". Twierdzenia Zamawiającego są niezrozumiałe dla Odwołującego, bowiem po pierwsze z treści uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa próbki wcale nie wynika by Odwołujący oferował eksperymentalny produkt (Zamawiający nie rozwinął co rozumie pod tym pojęciem, dlatego też Odwołującemu ciężko się szczegółowo odnieść do tego określenia), a po drugie Zamawiający w przypadku Odwołującego całkowicie zaniechał badania oferty, co oznacza, że Zamawiający w ogóle nie sprawdzał czy oferta Odwołującego jest zgodna czy jest niezgodna z treścią SIWZ. Ponadto sporządzone przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty jest niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika z jakimi konkretnie postanowieniami SIWZ niezgodna jest oferta Odwołującego. Zamawiający powinien wyraźnie wskazać na czym polega niezgodność oferty z postanowieniami SIWZ poprzez jednoznaczne określenie postanowień SIWZ, których według Zamawiającego nie spełnia przedmiot zamówienia oferowany przez Odwołującego. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2020 r. o sygnaturze akt: KIO 716/20 „To na Zamawiającym, który dokonał czynności przekreślającej możliwość dalszego ubiegania się wykonawcy o udzielenie przedmiotowego zamówienia, spoczywa wynikający z art. 6 k.c. (w zw. z art. 14 p.z.p.) ciężar wykazania wystąpienia okoliczności skutkujących zastosowaniem tej podstawy prawnej odrzucenia oferty, polegający na podaniu adekwatnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Niesprostanie temu obowiązkowi przekreśla możliwość wywiedzenia przez Zamawiającego z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. negatywnych skutków prawnych względem oferty wykonawcy".

Reasumując, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty jest bezzasadna, z uwagi
na okoliczność, że Zamawiający w ogóle nie badał i nie oceniał oferty Odwołującego. Działania i zaniechania Zamawiającego są sprzeczne z procedurą udzielania zamówień publicznych, ponieważ tak jak zostało wskazane w uzasadnieniu przedmiotowego zarzutu, kwestia skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ogóle nie oznacza uchylenia obowiązku Zamawiającego polegającego na zbadaniu i oceny oferty. Skuteczność czy też bezskuteczność utajnienia informacji wpływa jedynie na krąg podmiotów, które będą miały dostęp do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Niemniej jednak Zamawiający zarówno gdy informacje zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak i gdy zostały zastrzeżone nieskutecznie, ma obowiązek dokonać badania i oceny oferty, w tym pod kątem zgodności z wymaganiami określonymi w SIWZ. W przedmiotowym postępowania takie badanie w stosunku do oferty Odwołującego w ogóle się nie odbyło (Odwołujący nigdy nie został wezwany na demonstrację sytemu), więc Zamawiający nie ma żadnych podstaw prawnych i faktycznych by twierdzić, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

3.Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - dot. zaniechania badania i oceny oferty.

Proces udzielania zamówienia publicznego jest procesem sformalizowanym
na co wskazują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Formalizm przejawia się m.in. w kolejności działań, które muszą być podejmowane przez Zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku przedmiotowego postępowania Zamawiający w przypadku oferty Odwołującego całkowicie pominął etap badania i oceny oferty Odwołującego. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że „Wykonawca złożył do oferty zastrzeżenie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób oczywiście niezasadny (...)", co sugeruje, że według Zamawiającego informacje nie podlegały ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co istotne procedura udzielania zamówienia publicznego nakłada na Zamawiającego obowiązek weryfikacji skuteczności utajnienia informacji przez wykonawcę. Doktryna i orzecznictwo
nie pozostawiają wątpliwości, że to „Zamawiający zobligowany jest do zweryfikowania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa" . Zamawiający badając ofertę ma samodzielnie dokonać oceny zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Niezależenie
od wyniku badania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien badać ofertę pod kątem podstaw odrzucenia wskazanych w art. 89 Pzp oraz pod kątem wykluczenia wykonawcy z postępowania. W przypadku przedmiotowego postępowania Zamawiający odrzucił ofertę m.in. z uwagi na okoliczność, że oferowany przedmiot nie odpowiada wymogom SIWZ, bez zbadania tego przedmiotu. Postępowanie Zamawiającego nie pozostaje w zgodzie z logiką i z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, bo jak można uznać, że oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ przez Zamawiającego, skoro po pierwsze w ofercie cenowej Odwołujący oświadczył, że oferowany system do obsługi pracowni cytostatyków spełnia wszystkie obligatoryjne parametry wymagane przez Zamawiającego, po drugie uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji stanowiących próbkę, wbrew temu co twierdzi Zamawiający, wcale nie wskazuje na to to by Odwołujący oferował produkt, który nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ, a po trzecie próbka, będąca jednocześnie kryterium oceny ofert jak i dokumentem przedmiotowym mającym potwierdzać, że oferowany przedmiot spełnia wymagania SIWZ, nigdy nie została zaprezentowana przez Odwołującego, ponieważ Zamawiający, jeszcze przed wezwaniem Odwołującego do prezentacji próbki, postanowił odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 Pzp.

Niezgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności podjętych

w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający
był zobowiązany jest bezsporna, bo właściwe od dnia podjęcia przez Sąd Najwyższy uchwały z dnia 21 października 2005 r. o sygnaturze akt: III CZP 74/05 pogląd, że następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest jedynie wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji, jest utrwalony i niezmiennie od 2005 r. powielany w doktrynie i orzecznictwie.

Reasumując, Zamawiający nie miał podstaw prawnych i faktycznych by odrzucić ofertę Odwołującego. Działanie zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych powinno zmierzać, po pierwsze w kierunku badania i oceny skuteczności zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, a w dalszej kolejności, niezależnie od wyniku tego wcześniejszego badania, powinno polegać na badaniu i ocenie oferty Odwołującego, w tym pod kątem jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W świetle powyższej argumentacji, zarzuty postawione przez Odwołującego uznać należy za zasadne, wobec czego odwołanie winno być w całości uwzględnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie do protokołu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła,
iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na rzekomą próbę uzyskania nad innymi wykonawcami przewagi konkurencyjnej na skutek zastrzeżenia części oferty, tj. próbki, zawierającej wersję demonstracyjną oferowanego oprogramowania, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zarzut należy uznać za zasadny.

Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego wyrażone w odwołaniu, oraz
w przywołanym wyroku KIO z 3 marca 2020 r. o sygnaturze KIO 314/20 zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 3 Pzp, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.). Z kolei w myśl art. 3 ust. 1 u.z.n.k czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten wskazuje na otwarty katalog sytuacji, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5-17d u.z.n.k, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97). Oznacza to, iż aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k, tj. że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 9 grudnia 2020 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że *Wykonawca złożył do oferty zastrzeżenie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób oczywiście niezasadny i zdaniem Zamawiającego w celu ograniczenia dostępu do informacji pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym do informacji dotyczących weryfikacji spełnienia bądź niespełnienia określonych wymogów stawianych oferentom. Sytuacja taka jest próba uzyskania nad innymi wykonawcami przewagi konkurencyjnej w sposób wadliwy.*

Tak sformułowane zastrzeżenie ogranicza podstawową zasadę postępowania, tj. zasadę jawności, a powołanie się na tajemnice przedsiębiorstwa ma na celu jedynie uzyskanie przewagi konkurencyjnej w sposób niewłaściwy, bo zdaniem Zamawiającego poprzez popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający stoi na stanowisku, że z analizy podstaw zastrzeżenia możliwe jest wywiedzenie bezpośredniego wniosku, że zastrzeżenie
to zostało złożone w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji danej oferty
i zwiększenia przewagi konkurencyjnej również w przyszłych ewentualnych postępowaniach. W związku z powyższym działania podjęte przez Zamawiającego są niezbędne i konieczne (…)".

Po analizie powyższego uzasadnienia stwierdzić należy, iż Zamawiający nie wykazał aby działanie Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, będący podstawą odrzucenia oferty. Zamawiający nie wskazał żadnych czynności Odwołującego, które należałoby uznać za działania nieuczciwe. Nie wskazał i nie uzasadnił, które z czynności Odwołującego są czynnościami sprzecznymi z prawem lub dobrymi obyczajami, nie wskazał również jaki interes innego przedsiębiorcy lub klienta został naruszony lub może zostać zagrożony w wyniku nieuczciwego działania Odwołującego.

W ocenie Izby Zamawiający nieprawidłowo uznał, że zastrzeżenie przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji dotyczącej próbki oferowanego oprogramowania, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący, obejmując informacje dotyczące próbki oferowanego oprogramowania tajemnicą przedsiębiorstwa, skorzystał z przysługującego mu na mocy art. 8 ust. 3 Pzp prawa do ich utajnienia. Nie można zatem w związku

ze skorzystaniem przez wykonawcę z uprawnienia nadanego mu prawem, wyciągać wobec niego negatywnych konsekwencji, wskazując, że działanie takie jest próbą uzyskania nad innymi wykonawcami przewagi konkurencyjnej. Czynność Odwołującego nie narusza klauzuli generalnej wskazanej w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. jest zgodna z prawem oraz nie zagraża, ani nie narusza interesu innego podmiotu lub klienta.

Izba wskazuje, iż należy odróżnić czynność Odwołującego, polegającą na skorzystaniu z przysługującego mu prawa do utajenia informacji zawartych w ofercie od czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie prawidłowości dokonanych zastrzeżeń. To na Zamawiającym ciąży obowiązek oceny dokonanego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a w przypadku uznania jej za nieprawidłowo zastrzeżoną, do uznania dokonanego zastrzeżenia za bezskuteczne, a nie do odrzucenia na tej podstawie oferty (zgodnie z uchwałą SN z 21 października 2005 r. o sygnaturze akt III CZP 74/05). Ponadto, objęcie informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa, nie pozbawia Zamawiającego prawa i obowiązku oceny złożonej oferty. Zastrzeżenie takie, wywołuje skutek dla innych podmiotów i uczestników postępowania i oznacza zakaz ujawniania przez Zamawiającego informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ale nie wyłącza obowiązku weryfikacji poprawności dokonanego zastrzeżenia oraz oceny oferty, ciążącego
na Zamawiającym.

Reasumując, Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego
na mocy art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, bowiem skorzystanie z przysługującego Odwołującemu prawa do objęcia informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa, jest działaniem zgodnym z prawem, co wyklucza możliwość uznania tej czynności za wypełniającą przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, Zamawiający nie wykazał, aby Odwołujący dopuścił się czynności sprzecznej z dobrymi obyczajami, która zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Powyższe potwierdza zatem zasadność stawianego przez Odwołującego zarzutu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ") z uwagi na rzekome zaoferowanie przez Odwołującego niespełniającego wymagań SIWZ oprogramowania do obsługi pracowni cytostatyków, zarzut należy uznać za zasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Niezgodność oferty ze specyfikacją skutkuje koniecznością odrzucenia jej przez Zamawiającego, zatem tak istotna dla Odwołującego decyzja Zamawiającego, może zostać podjęta wyłącznie w okolicznościach, kiedy niezgodność oferty z SIWZ jest niewątpliwa
i jednoznaczna, i której nie można poprawić na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność ta musi wynikać wprost z zapisów SIWZ i nie może być domniemywana, wyinterpretowana lub wnioskowana z jej postanowień. Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi wyraźnie wskazać na czym polega niezgodność treści oferty oraz z którymi zapisami, postanowieniami SIWZ oferta wykonawcy nie pozostaje w zgodzie. Podkreślenia wymaga, iż zapisy SIWZ muszą być jasne i klarowne, a jakiekolwiek wątpliwości interpretacyjne w zakresie rozumienia jej zapisów nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 9 grudnia 2020 r. Zamawiający nie wykazał niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Zamawiający wskazał: *Ponadto w zastrzeżeniach tych Wykonawca wskazał, że próbka jest produktem autorskim, przygotowanym wyłącznie dla celów niniejszego postępowania, co stoi w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w specyfikacji, gdzie przedmiotem oferty i jej weryfikacji miał być standardowy program do obsługi Pracowni Cytostatyków, a nie eksperymentalny pomysł Wykonawcy w celu osiągnięcia określonych funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego, co więcej takich których spełnienia bądź nie spełnienia oferent nie jest skłonny zweryfikować publicznie. W związku z powyższym oferta ta podlega również odrzuceniu jako nieodpowiadająca treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Zamawiający odwołał się do wymagań SIWZ, wskazując iż przedmiotem oferty
i jej weryfikacji miał być standardowy program do obsługi Pracowni Cytostatyków, jednak
nie wskazał w którym miejscu SIWZ taki wymóg został zawarty. Postanowień takich Zamawiający nie wskazał również podczas rozprawy, odnosząc się jedynie do całościowego opisu przedmiotu zamówienia (zawartego również w załącznikach do SIWZ), z którego według Zamawiającego taki wymóg wynikał. W treści SIWZ nie znajdują się również postanowienia, wykluczające możliwość opracowania próbki oferowanego oprogramowania, jako produktu autorskiego, przygotowanego na potrzeby przedmiotowego postępowania. Opis przedmiotu zamówienia odnosił się do wymaganych przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do SIWZ parametrów, których istnienie miał potwierdzić przeprowadzony zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ test oprogramowania. Zamawiający zastrzegł, iż podstawą odrzucenia oferty będzie wykryta podczas testów niezgodność oświadczenia Oferenta lub brak wymaganej w załączniku nr 2 obligatoryjnej funkcji. W treści SIWZ Zamawiający poza wymaganiami technicznymi i funkcjonalnymi nie stawiał wymogów, co do sposobu opracowania oprogramowania do testów.

Zdaniem Izby, Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. Zamawiający odrzucił ofertę, powołując się na jej niezgodność z treścią SIWZ, odnosząc się do wymogów – co należy podkreślić - których nie było w treści SIWZ. Dodatkowo, podstawą odrzucenia oferty stały się jedynie informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, dotyczące jedynie próbki oferowanego oprogramowania, którego prezentacji nie dokonano, a nie faktyczna weryfikacja oferowanego oprogramowania, podczas której Zamawiający mógłby ocenić czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Ponadto, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, nawet nie odniósł się do określonych w ofercie cenowej parametrów oprogramowania stanowiącego przedmiot oferty, których ocena mogłaby wskazywać na zgodność lub brak zgodności z treścią SIWZ.

Zamawiający nie wskazał na czym konkretnie polega niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, nie wskazał z którymi jednoznacznymi postanowieniami SIWZ treść oferty Odwołującego pozostaje w sprzeczności, cojednoznacznie, potwierdza zasadność zarzutu Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Izba uznała zarzut
za niezasadny.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności. Zamawiający pismem

z dnia 9 grudnia 2020 r. dokonał odrzucenia oferty Odwołującego wskazując powody odrzucenia oferty, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego dotyczącego przesłanek odrzucenia oferty, pozostaje to jednak bez wpływu na fakt, że Zamawiający nie naruszył obowiązku wynikającego z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, bowiem powiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności.

W związku z powyższym, zarzut należało oddalić.

Co do zarzutów naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp w związku z art. 8 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba podziela argumentację Odwołującego, choć wskazuje na błędnie podaną podstawę prawną.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Odnosząc się do art. 8 ust. 1 pkt 3 Pzp Izba wskazuje na brak punktu 3 w art. 8 ust. Pzp.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. Wskazać należy, iż zarzut nie może mieć charakteru ogólnego, lecz winien zostać skonkretyzowany, nakierowany na uwzględnienie odpowiadających mu żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny jego zasadności.

Przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że Zamawiający naruszył ciążący na nim obowiązek, polegający na zaniechaniu czynności badania i oceny oferty Odwołującego, jako czynności, którą należy wykonać w pierwszej kolejności. Zgodnie z treścią SIWZ (str. 4) *Zamawiający najpierw dokona oceny wszystkich ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.* Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dotyczące próbki oferowanego oprogramowania, bez oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Wobec powyższego, zarzut należało uwzględnić.

W powyższych okolicznościach należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: ……