Sygn. akt: KIO 3040/20

WYROK
z dnia 10 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2020 r. przez wykonawcę **iCreatio sp. z o.o., ul. Kombatantów 1, 05-070 Sulejówek,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Apelacyjny w Łodzi, ul. G. Narutowicza 64, 90-136 Łódź,** przy udziale wykonawcy **Integrated Solutions sp. z o.o., ul. Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 2 postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy Integrated Solutions sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odtajnienie wyjaśnień tego wykonawcy złożonych w piśmie z dnia 13.11.2020 r.,

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Sąd Apelacyjny w Łodzi, ul. G. Narutowicza 64, 90-136 Łódź**, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **iCreatio sp. z o.o., ul. Kombatantów 1, 05-070 Sulejówek**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od zamawiającego: **Sąd Apelacyjny w Łodzi, ul. G. Narutowicza 64,90-136 Łódź,** na rzecz odwołującego **iCreatio sp. z o.o., ul. Kombatantów 1, 05-070 Sulejówek**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 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 Łodzi.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 3040/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - Sąd Apelacyjny w Łodzi, ul. G. Narutowicza 64, 90-136 Łódź, prowadziw trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Rozbudowa systemu zabezpieczenia brzegu sieci UTM oraz dostawa przełączników sieciowych dla sądów apelacji łódzkiej", numer referencyjny: G.XIII.2310-87/20. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11.09.2020 r., nr 2020/S 177-425306.

Pismem z dnia 13.11.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w części nr 2 postępowania oferty wykonawcy Integrated Solutions sp. z o.o.

W dniu 20.11.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcyiCreatio sp. z o.o., ul. Kombatantów 1, 05-070 Sulejówek (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji poprzez nieuprawnione wezwanie wykonawcy Integrated Solution do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy wyjaśnienia te prowadziły do nieuprawnionego uzupełnienia treści dokumentów,

2)art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Integrated Solutions w sytuacji, gdy oferta ta winna podlegać odrzuceniu,

3)art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu wyjaśnień Integrated Solutions z dnia 13.11.2020 r. w zakresie informacji nie będących tajemnicą przedsiębiorstwa.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Jednym z dokumentów, do który przedstawienia zobowiązany był wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą było oświadczenie producenta oferowanego sprzętu podpisane przez upoważnionego przedstawiciela, że oferowany do przetargu sprzęt jest fabrycznie nowy, musi pochodzić z oficjalnego kanału sprzedaży producenta na rynek polski, a elementy, z których zbudowane są przełączniki sieciowe muszą być produktami producenta tych przełączników sieciowych lub być przez niego certyfikowane oraz muszą być objęte gwarancją producenta, potwierdzoną przez oryginalne karty gwarancyjne.

W związku z tym wymagany dokument musiał posiadać następujące cechy:

- być oświadczeniem producenta oferowanego sprzętu i być podpisane przez upoważnionego przedstawiciela;
- zawierać w swojej treści informacje, że:
  a)oferowany do przetargu sprzęt jest fabrycznie nowy,
  b)musi pochodzić z oficjalnego kanału sprzedaży producenta na rynek polski,
  c)elementy, z których zbudowane są przełączniki sieciowe muszą być produktami producenta tych przełączników sieciowych lub być przez niego certyfikowane,
  d)przełączniki sieciowe muszą być objęte gwarancją producenta, potwierdzoną przez oryginalne karty gwarancyjne.

Dokument (oświadczenie własne) złożony przez Wykonawcę Integrated Solutionw dniu 02.11.2020 r. nie spełniał wymogów dokumentu opisanego w pkt 6.2. a) [dla części 2] SIWZ. Jest to bezsporne, gdyż Zamawiający zażądał na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp złożenia dokumentu prawidłowego.

Z kolei dokumenty wystawione przez angielską spółkę Cisco International Limited złożone na wezwanie z dnia 03.11.2020 r. również nie spełniały wymogów opisanych w SIWZ tj.:

- Jeden z tych dokumentów został złożony bez tłumaczenia na język polski, co uchybia wyrażonej w Pzp zasadzie prymatu języka polskiego oraz regulacjom, które wskazują na obowiązek składanie dokumentów zagranicznych wraz z tłumaczeniami - z tego względu jego treść nie powinna być brana pod uwagę przez Zamawiającego,
- Żaden z tych dokumentów nie został podpisany przez upoważnionego przedstawiciela producenta urządzeń. Oba dokumenty są jedynie kserokopiami dokumentów, na których widnieje podpis Pana J. G. z dopiskiem „Director.MGMT-Finance" (prawdopodobnie pracownika firmy Cisco International Limited czyli autoryzowanego przedstawiciela Cisco

na rynek brytyjski). Skan tego dokumentu jest podpisany za zgodność za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez Pana M. W. D. (prawdopodobnie przedstawiciela wykonawcy Integrated Solution). Należy przypomnieć, że zgodnie z SIWZ dokument powinien zostać podpisany przez upoważnionego przedstawiciela producenta urządzeń. Oba złożone dokumenty nie spełniają tego wymagania.

- Dokumenty te nie zawierają informacji, że oferowany do przetargu sprzęt będzie fabrycznie nowy.
- Dokumenty te nie zawierają informacji, że sprzęt będzie pochodzić z oficjalnego kanału sprzedaży producenta na rynek polski. Informacja taka zawarta była w pierwotnym oświadczeniu własnym Integrated Solution. W oświadczeniu tym wykonawca stwierdził, że ofertę uzyskał od autoryzowanego dystrybutora na rynek polski tj. firmy Ingram Micro Sp. z o.o. Z kolei na następne wezwanie Integrated Solution przedstawił oświadczenie wystawione przez firmę Cisco International Limited czyli autoryzowanego przedstawiciela Cisco na rynek brytyjski. Wynika z tego, że wykonawca Integrated Solution zamierza nabyć urządzenia nie przez polski, ale brytyjski kanał sprzedaży, co jest niezgodne z siwz.
- Żaden z tych dokumentów nie zawiera wymaganej informacji, iż elementy, z których zbudowane będą przełączniki sieciowe będą produktami producenta tych przełączników sieciowych lub być przez niego certyfikowane.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że dokumenty przedłożone przez wykonawcę Integrated Solution na drugie wezwanie do ich złożenia z dnia 03.11.2020 r. nie spełniają wymagań opisanych w pkt 6.2. a) [dla części 2] SIWZ.

Powyższe powinno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. (…)

Z tego względu za niezgodne z prawem i naruszające zasadę równego traktowania wykonawców należy uznać kolejne próby uzupełniania elementów treściowych tych dokumentów przez Zamawiającego w oparciu o wezwanie do wyjaśnienia ich treści z art. 26 ust. 4 Pzp. (…)

Dodatkowo za nieuprawnioną należy uznać odmowę udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Integrated Solution z dnia 13.11.2020 r. Zwrócić uwagę należy, iż przedmiotem wyjaśnień miały być elementy jawne - treściowo precyzyjne określone w SIWZ. Jeżeli elementem tych wyjaśnień były jakieś informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa to Zamawiający powinien przekazać Odwołującemu wyjaśnienia bez tych elementów. Natomiast trudno wyobrazić sobie, że jeżeli przedmiotem żądania Zamawiającego jest treść oświadczenia w brzmieniu precyzyjnie określonym wcześniej w SIWZ to wyjaśnienia w zakresie takiego oświadczenia w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający ma każdorazowo obowiązek badania czy zastrzeżenie tajemnicy jest skuteczne i czy faktycznie dotyczy informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa. W tym zakresie Zamawiający nie może konsultować się z wykonawcą czy ten ostatni zgadza się na udostępnienie danej informacji czy też nie (niestety taka praktyka Zamawiającego wynika z odpowiedzi na wniosek Odwołującego udzielonej w dniu 19.11.2020 r.)."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) udostępnienia odwołującemu wyjaśnień wykonawcy Integrated Solutions w zakresie nie stanowiącym tajemnicy przedsiębiorstwa,
2) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Integrated Solution jako oferty najkorzystniejszej,
3) przeprowadzenia powtórnej oceny złożonych ofert,
4) odrzucenia oferty wykonawcy Integrated Solution,
5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 26.11.2020 r. wykonawca Integrated Solutions sp. z o.o., ul. Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa (dalej: „przystępujący"), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 27.11.2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy odwołujący i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa systemu zabezpieczenia brzegu sieci UTM oraz dostawa przełączników sieciowych dla sądów apelacji łódzkiej wraz z zapewnieniem usług gwarancyjnych. Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części, część nr 2 dotyczy dostawy przełączników sieciowych Switch typ 4 – zarządzalny rack L2 – 51 szt. z minimalnym okresem gwarancji 36 miesięcy.

W części nr 2 postępowania w pkt 6.2. a) siwz dotyczącym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez dostawy wymagań zamawiającego, zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył: oświadczenie producenta oferowanego sprzętu podpisane przez upoważnionego przedstawiciela, że oferowany do przetargu sprzęt jest fabrycznie nowy, musi pochodzić z oficjalnego kanału sprzedaży producenta na rynek polski. Elementy, z których zbudowane są przełączniki sieciowe muszą być produktami producenta tych przełączników sieciowych lub być przez niego certyfikowane oraz muszą być objęte gwarancją producenta, potwierdzoną przez oryginalne karty gwarancyjne.

Pismem z dnia 23.10.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających, ż e wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu, a oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

W odpowiedzi przystępujący złożył m.in. oświadczenie własne o treści: „W imieniu Integrated SolutionsSp. z o.o., oświadczam, że na zaoferowany sprzęt Wykonawca złoży zamówienie w autoryzowanym kanale sprzedaży producenta Cisco na rynek polski, a zamówiony sprzęt i elementy z których jest zbudowany będzie nowy i objęty gwarancją producenta, potwierdzoną przez oryginalne karty gwarancyjne. Z racji, że sprzęt nie jest jeszcze zamówiony i nie rozpoczęło się jego dostarczanie – brak jest wiedzy o jego numerach seryjnych i producent Cisco nie może n a ten moment potwierdzić w imieniu Wykonawcy, że Wykonawca złoży zamówienie na sprzęt będący przedmiotem przetargu. Taką deklarację samodzielnie składa Wykonawca. Ofertę kosztową do niniejszego postępowania przetargowego Wykonawca pozyskał od Ingram Micro Sp. z o.o., autoryzowanego dystrybutora sprzętu Cisco w Polsce. Dodatkowo Wykonawca, zarówno samodzielnie, jak i jako członek Grupy Kapitałowej Orange Polskaposiada partnerstwo z Cisco pozwalające na oferowanie produktów Cisco z zastosowaniem warunków specjalnych".

Pismem z dnia 03.11.2020 r., zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia m.in. ww. oświadczenia producenta oferowanego sprzętu.

W odpowiedzi przystępujący złożył skany dwóch oświadczeń z widocznym podpisem pana J. G. – Director.MGMT-FINANCE, podpisane też kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika przystępującego:

1. pierwsze oświadczenie o treści: „Cisco International Limited, (…) które jest dostawcą produktów i usług sieciowych, potwierdza, że na dzień sporządzenia niniejszej autoryzacji Sprzedawca wyraża chęć przystąpienia do przetargu lub projektu określnego wyżej i posiada umowę z firmą Cisco, która upoważnia Sprzedawcę do: (1) odsprzedawania i /lub

dystrybucji produktów i/lub usług Cisco w Polsce użytkownikom końcowym na terenie tego kraju; (2) licytowania, negocjacji i zawierania umów dotyczących powyższych produktów / usług wyprodukowanych lub dostarczonych przez Cisco. Sprzedawca jest niezależnym kontrahentem i nie jest upoważniony do narzucania jakichkolwiek zobowiązań firmie Cisco lub jej podmiotom zależnym. Cisco w ramach swojej umowy z autoryzowanymi podmiotami zapewni wsparcie i usługi gwarancyjne dla produktów Cisco nabytych za pośrednictwem autoryzowanych kanałów dystrybucji. Niniejsza Autoryzacja jest ważna w dniu podanym powyżej".

2.drugie oświadczenie Cisco International Limited w języku wyłącznie angielskim.

Pismem z dnia 12.11.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień wskazując: „Zamawiający wymagał oświadczenia producenta oferowanego sprzętu podpisanego przez upoważnionego przedstawiciela, ż e oferowany d o przetargu sprzęt jest fabrycznie nowy, musi pochodzić z oficjalnego kanału sprzedaży producenta na rynek polski. Elementy, z których zbudowane s ą przełączniki sieciowe muszą być produktami producenta tych przełączników sieciowych lub być przez niego certyfikowane oraz muszą być objęte gwarancją producenta, potwierdzoną przez oryginalne karty gwarancyjne. Wykonawca przedłożył oświadczenie własne potwierdzające powyższe wymagania załączając ogólne upoważnienie, z którego nie wynika uprawnienie do składania takich oświadczeń, ani nie zawiera potwierdzenia wszystkich wyszczególnionych przez Zamawiającego wymagań. Przedstawiony dokument potwierdza, że Integrated Solutions Sp. z o.o. jest autoryzowanym sprzedawcą Cisco. W związku z czym dokumenty budzą wątpliwości Zamawiającego, że oferowanydo przetargu sprzęt jest/będzie fabrycznie nowy, pochodzi z oficjalnego kanału sprzedaży na rynek polski, a elementy, z których zbudowane są przełączniki sieciowe są produktami producenta tych przełączników sieciowych lub są przez niego certyfikowane oraz są objęte gwarancją producenta, potwierdzoną przez oryginalne karty gwarancyjne. (…) Zamawiający prosi o wyjaśnienia w jakim zakresie przedstawione dokumenty wyczerpują wymagania Zamawiającego".

W odpowiedzi przystępujący przekazał wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący w ogóle nie zawarł uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy.

Pismem z dnia 13.11.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w części nr 2 postępowania oferty przystępującego.

Pismami z dnia 13, 17 i 18.11.2020 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie mu oferty przystępującego, pisma zamawiającego wzywającego o wyjaśnienia oraz wyjaśnień przystępującego wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 18.11.2020 r. zamawiający zapytał przystępującego o to, czy może udostępnić wyjaśnienia z dnia 13.11.2020 r. zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi przystępujący wskazał, że nie wyraża zgody na udostępnienie wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak też dopiero w tym piśmie zawarł uzasadnienie dla zastrzeżenia ww. wyjaśnień, a ponadto dodał, że również to uzasadnienie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 19.11.2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odmownej odpowiedzi przystępującego w ww. sprawie i nie udostępnił odwołującemu ani wyjaśnień udzielonych przez przystępującego ani uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołaniei uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zgodności oferty z siwz, należy przytoczyć właściwe przepisy:

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

1)spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,

2)spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

3)brak podstaw wykluczenia

zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w pkt 6.2. a) siwz zamawiający wymagał:

1)złożenia oświadczenia producenta oferowanego sprzętu,

2)oświadczenie miało być podpisane przez upoważnionego przedstawiciela ww. producenta,

3)oświadczenie miało potwierdzać, że:

- oferowany do przetargu sprzęt jest fabrycznie nowy,
- pochodzi z oficjalnego kanału sprzedaży producenta na rynek polski,
- elementy, z których zbudowane są przełączniki sieciowe są produktami producenta tych przełączników sieciowych lub są przez niego certyfikowane,
- elementy, z których zbudowane są przełączniki sieciowe są objęte gwarancją producenta, potwierdzoną przez oryginalne karty gwarancyjne.

zystępujący w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył oświadczenie własne, które nie może być uznane za potwierdzające spełnienie ww. wymogu, ponieważ nie jest oświadczeniem producenta. Tym samym

przystępujący składając ww. oświadczenie własne nie wykazał spełnienia wymogu.

Ponieważ wymagane oświadczenie producenta zostało przez zamawiającego zakwalifikowane jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający był uprawniony do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie zatem z ww. przepisem, zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia oświadczenia producenta. W odpowiedzi przystępujący złożył dwa oświadczenia firmy Cisco International Limited, z których:

- jedno (przetłumaczone na język polski) nie zawiera w swojej treści informacji, których zamawiający wymagał, czyli informacji o tym: czy oferowany sprzęt jest fabrycznie nowy, czy pochodzi z oficjalnego kanału sprzedaży producenta na rynek polski, czy elementy, z których zbudowane są przełączniki sieciowe są produktami producenta tych przełączników sieciowych lub są przez niego certyfikowane oraz czy elementy, z których zbudowane są przełączniki sieciowe są objęte gwarancją producenta potwierdzoną przez oryginalne karty gwarancyjne,
- drugie jest złożone tylko w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski, co jest niezgodne z § 16 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz.U.z 2020 r. poz. 1282 ze zm.), zatem oświadczenie to nie może być przez zamawiającego uwzględnione do oceny spełnienia wymogu (jedynie na marginesie należy zauważyć, że treść tego oświadczenia w języku angielskim również nie wskazuje, aby zawierało ono informacje wymagane przez zamawiającego).

Z powyższych ustaleń wynika, że przystępujący w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożył oświadczenia, które nie potwierdzały spełnienia wymogu określonego w siwz. Z uwagi na zasadę jednokrotnego wzywania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający nie miał możliwości wezwać przystępującego ponownie o złożenie prawidłowego dokumentu. W tej sytuacji zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodną z siwz.

Odnosząc się do argumentacji stron i przystępującego przedstawionej na rozprawie, należy dodatkowo wskazać, co następuje.

Oświadczenia złożone przez przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mają formę skanu z widocznym podpisem własnoręcznym pana J. G., natomiast kwalifikowany podpis elektroniczny złożył na nich pełnomocnik przystępującego. Należy zauważyć, że ww. oświadczenia są oświadczeniami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym ma do nich zastosowanie § 5 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1261 ze zm.), gdzie mowa jest o możliwości przekazania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia i opatrzenia jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez m.in. wykonawcę, co jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z taką kopią oświadczeń poświadczonych przez wykonawcę za zgodność z oryginałem, dlatego też należy uznać, że sposób podpisania tych oświadczeń nie dyskwalifikuje ich w niniejszym postępowaniu. Powyższe nie zmienia faktu, że – jak wskazano już wyżej - z powodu treści nie odpowiadającej treści wymogu w siwz oraz z powodu złożenia w języku angielskim, oświadczenia te nie potwierdzają spełnienia ww. wymogu i oferta przystępującego podlega odrzuceniu.

Co do kwestii wezwania przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, należy zauważyć, że przepis ten ma zastosowanie, gdy złożone przez wykonawcę oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego. W niniejszej sprawie przystępujący dwukrotnie wzywany o złożenie dokumentu zgodnego z pkt 6.2. a) siwz, ani razu nie złożył prawidłowego dokumentu. Jedno ze złożonych oświadczeń w ogóle nie było bowiem oświadczeniem producenta, drugie – nie zawierało wymaganej treści, a trzecie (pomijając kwestię treści) – zostało złożone bez tłumaczenia na język polski. W tym stanie rzeczy niezrozumiałe jest, co wzbudziło wątpliwości zamawiającego, skoro sytuacja w niniejszym postępowaniu była jasna i klarowna: przystępujący nie złożył wymaganego dokumentu i nie potwierdził spełniania wymagań co do oferowanego sprzętu. Wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień było także niecelowe, gdyż ewentualnie złożone przez przystępującego w tym trybie nowe (prawidłowe) oświadczenie, nie mogłoby już być uwzględnione przez zamawiającego z uwagi na zasadę jednokrotnego wzywania do składania/uzupełniania dokumentów. Z kolei same wyjaśnienia, nawet gdyby zawierały informacje wymagane w siwz, jako oświadczenie własne wykonawcy, również nie mogłyby być uznane za potwierdzenie spełnienia wymogu. Zatem wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień było w niniejszym przypadku zarówno niezgodne z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (nie było podstaw do wątpliwości), jak i niecelowe, gdyż wobec wyżej opisanych wadliwości złożonych przez przystępującego oświadczeń, wyjaśnienia nic już nie mogły „naprawić” w opisanej sytuacji.

W tym miejscu należy odnieść się do złożonych przez przystępującego wyjaśnień z dnia 13.11.2020 r. Ich treść stanowi w znacznej mierze powtórzenie treści oświadczenia własnego przystępującego, złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazano już wyżej, oświadczenie własne wykonawcy nie może stanowić potwierdzenia spełnienia wymogu opisanego w siwz, skoro w siwz zamawiający wyraźnie żądał oświadczenia producenta. Zatem mimo złożenia ww. wyjaśnień zamawiający nadal nie uzyskał od przystępującego dokumentu, którego żądał w siwz, czyli oświadczenia producenta o konkretnej, wskazanej w pkt 6.2. a), treści. Tym samym wyjaśnienia te (abstrahując od kwestii niedopuszczalności wezwania w tym zakresie) nie dawały zamawiającemu podstaw do uznania, że wymóg został spełniony, a zatem obligowały go do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentu przystępującego o formie wymaganego oświadczenia, należy wskazać, że fakt żądania przez zamawiającego oświadczenia producenta, nie jest jedynie wymogiem formalnym. Wymogiem formalnym byłoby przykładowo: żądanie przez zamawiającego złożenia oświadczenia w formie tabelki albo z ponumerowaniem stron albo z informacjami przedstawianymi w ściśle określonej kolejności. „Formą” są więc takie wymogi, które nie mają wpływu na merytoryczną treść dokumentu. Tymczasem to, jaki podmiot ma złożyć określone oświadczenie, ma wpływ na merytoryczną treść dokumentu, ponieważ oświadczenie o innej treści może złożyć wykonawca bezpośrednio zainteresowany uzyskaniem konkretnego zamówienia, a oświadczenie o innej treści może złożyć jakikolwiek podmiot trzeci nie biorący w ogóle udziału w przetargu, którym w tym wypadku miał być producent. Potwierdza to zresztą stan faktyczny niniejszej sprawy, w którym treść oświadczeń własnych przystępującego oraz treść oświadczeń producenta, nie są tożsame. Dlatego też złożenie oświadczenia własnego przez przystępującego zarówno w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1, jak i z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, nie może być uznane jedynie za „zmianę formy” wymaganego dokumentu, jak chciałby tego przystępujący. Oświadczenia własne, w tym także złożone jako wyjaśnienia z dnia 13.11.2020 r., są innym dokumentem niż oświadczenie producenta i nie mogą być zastępczo uznane za oświadczenie producenta złożone „w innej formie”.

W tym miejscu należy także odnieść się do oświadczenia złożonego przez zamawiającego na rozprawie, zgodnie z którym również w innych postępowaniach uwzględnia on oświadczenia własne wykonawców, nawet gdy alternatywa taka (w stosunku do wymaganych oświadczeń innych podmiotów) nie jest przewidziana w siwz. W związku z powyższym należy przypomnieć, że wymagania określone w siwz, w tym dotyczące rodzaju żądanych przez zamawiającego dokumentów, mogą wpływać na decyzje wykonawców, czy wziąć udział w danym postępowaniu i ubiegać się o dane zamówienie. Wykonawcy bowiem na podstawie ogłoszenia o zamówieniu i siwz oceniają m.in. swoje szanse na wykazanie spełnienia wymagań i co za tym idzie – szanse na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej. Zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz określonych wymagań może zatem zniechęcić część wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu. Tymczasem, gdyby wykonawcy ci wiedzieli, że istnieje możliwość spełnienia tych wymagań w inny sposób, być może zdecydowaliby się na udział w postępowaniu. Ponadto zmiana sposobu oceniania danego wymogu po terminie składania ofert powoduje też, że wykonawcy, którzy biorą udział w postępowaniu są zaskakiwani „zasadami zmienianymi w trakcie gry" i tym, że wobec np. ich konkurentów stosowane są te nowe, zmienione zasady. Tym samym zawarcie przez zamawiającego w siwz określonych wymagań, a następnie dokonywanie ich zmiany po otwarciu ofert, jest praktyką absolutnie niedopuszczalną i naruszającą podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wspomniana zatem przez zamawiającego na rozprawie praktyka przyjmowania oświadczeń własnych wykonawców w sytuacji, gdy nie było to dopuszczone w siwz, prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości, zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców - zarówno tych którzy przed terminem składania ofert byli wstępnie zainteresowani ubieganiem się o zamówienie, jak i tych, którzy ostatecznie zdecydowali się na udział w tym postępowaniu. Jak wskazano już wyżej, jest to praktyka niedopuszczalna.

Za praktykę w równym stopniu niedopuszczalną należy uznać telefoniczne sprawdzanie przez zamawiającego, czy oferta jest zgodna z siwz (zamawiający przyznał się do takich czynności w odpowiedzi na odwołanie). Po pierwsze, zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności. Po drugie, obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że spełnia on wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz. Nie jest zatem rolą zamawiającego wyręczanie wykonawcy w tym zakresie i samodzielne sprawdzanie, czy dany wykonawca te wymogi spełnia. Jeżeli wykonawca sam nie wykazał spełnienia wymogów, to w zależności od ich rodzaju, zamawiający albo wyklucza wykonawcę z postępowania albo odrzuca jego ofertę. Informacje ustalone zaś samodzielnie przez zamawiającego (abstrahując już w tym miejscu od kwestii wiarygodności informacji uzyskiwanych telefonicznie) nie mogą być podstawą oceny spełniania przez wykonawcę wymogów.

Odnosząc się z kolei do argumentu zamawiającego, zgodnie z którym chciał on uniknąć nadmiernego formalizmu, należy stwierdzić, że przestrzeganie przez zamawiającego reguł, które on sam określił w siwz oraz przepisów określonych w ustawie Pzp, nie jest formalizmem, ale jedynym sposobem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z zasadami, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wymagania zamawiającego służą bowiem (o ile są sformułowane adekwatnie do przedmiotu zamówienia) do weryfikacji tego, czy wykonawca jest zdolny do należytego wykonania zamówienia i czy to, co on oferuje spełnia oczekiwania zamawiającego określone w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz. Zamawiający zobowiązany jest zatem rzetelnie sprawdzić spełnienie tych wymagań nie „dla formalności", ale dla uzyskania pewności, że zamówienie zostanie należycie zrealizowane. Odstępstwo przez zamawiającego od wymogów merytorycznych po terminie składania ofert rodzi z kolei podejrzenie, że wymogi te były zbędne, skoro na etapie oceny ofert zamawiający nie wymaga ich spełnienia. Przy czym postawienie wymogów zbędnych również narusza zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ przede wszystkim ogranicza uczciwą konkurencję. Tym samym ocena dokumentów złożonych przez wykonawcę dokonywana zgodnie z postanowieniami siwz, nie byłaby w niniejszym postępowaniu formalizmem (tym bardziej „nadmiernym"), ale działaniem zamawiającego podejmowanym zgodnie z siwz i z przepisami ustawy Pzp. Zakładając bowiem, że złożenie oświadczenia producenta o określonej treści było faktycznie potrzebne do zbadania prawidłowości oferowanych dostaw (a zatem nie był to wymóg zbędny, naruszający uczciwą konkurencję), zamawiający nie może na etapie oceny ofert twierdzić, że oczekiwanie, że wykonawca spełni ten wymóg, jest jedynie nadmiernym formalizmem. Zamawiający, z jednej strony stawiając określony wymóg, a z drugiej strony twierdząc, że weryfikacja jego spełniania jest nadmiernym formalizmem, przeczy sam sobie i dopuszcza się złamania zasad przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na końcu, odnosząc się do wyjaśnień zamawiającego, że zależało mu na celowym i racjonalnym wydatkowaniu środków publicznych i z tego powodu wybrał ofertę przystępującego o ok. 15.000,00 zł tańszą, należy wyraźnie stwierdzić, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertą najkorzystniejszą jest taka oferta, która łącznie spełnia następujące wymagania:

- jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i w siwz,
- nie podlega odrzuceniu,
- jest złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu.

Jeżeli którekolwiek z ww. wymagań nie zostało spełnione (np. oferta podlega odrzuceniu), to oferta nie może być uznana za najkorzystniejszą, choćby była najtańsza. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wybrał zatem oferty najkorzystniejszej, tylko ofertę podlegającą odrzuceniu, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności należy stwierdzić, że metodą celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych, nie może być naruszanie przepisów obowiązującego prawa, w tym przypadku – przepisów ustawy Pzp. Tym bardziej, że przepisy ustawy Pzp mają na celu m.in. właśnie zapewnienie celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych, ale przy jednoczesnym zapewnieniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Pojęcie celowości i racjonalności wydatkowania środków, nie może być zatem w przypadku zamówień publicznych, utożsamiane z ofertą wyłącznie najtańszą. Powyższe wynika także z art. 44 ustawy o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 869 ze zm.), w którym w ust. 3 mowa jest o celowości i oszczędności dokonywania wydatków, a w ust. 4 o obowiązku stosowania zasad określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Tym samym ustawodawca również w ww. przepisie ustawy o finansach publicznych wiąże stosowanie przepisów ustawy Pzp z celowością i oszczędnością wydatków.

Należy też zwrócić uwagę zamawiającego na przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1440 ze zm.), która w art. 17 przewiduje odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z art. 17 ust. 1c ww. ustawy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Klasycznym przykładem naruszenia mającego wpływ na wynik postępowania, jest właśnie nieodrzucenie oferty podlegającej odrzuceniu i uznanie jej za najkorzystniejszą.

W świetle powyższego, argumentacja zamawiającego o wyborze oferty najtańszej w celu zachowania celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych, nie może być uznana za zasadną, gdyż ani nie jest zgodna z przytoczonymi wyżej przepisami, ani racjonalna. Oferta najtańsza, ale niezgodna z wymaganiami zamawiającego (w tym wypadku – z powodu niepotwierdzenia przez producenta, że spełnione są określone wymogi dotyczące sprzętu) nie może być bowiem uznana za najkorzystniejszą. Zamawiającego publicznego obowiązują zaś przepisy m.in. ww. ustaw i procedury w nich przewidziane. Dla celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych zamawiający powinien zatem ich przede wszystkim przestrzegać.

Reasumując, w świetle oświadczeń złożonych przez przystępującego w odpowiedzi na wezwania z art. 26 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, zamawiający miał obowiązek odrzucić jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu jej niezgodności z siwz.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego nieudostępnienia wyjaśnień przystępującego, należy zauważyć, że zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, protokół wraz z załącznikami jest jawny, załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), zwanej dalej: „uznk", przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy

/konawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

W przedmiotowej sprawie należy zauważyć, że w piśmie z dnia 13.11.2020 r. zawierającym wyjaśnienia, przystępujący zastrzegł ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak w żaden nie uzasadniając tego zastrzeżenia. Innymi słowy: przystępujący nie zawarł żadnego uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co oznacza, że w żaden sposób nie wykazał zasadności tego zastrzeżenia. W tej sytuacji zamawiający był całkowicie zwolniony z obowiązku zachowywania w tajemnicy udzielonych wyjaśnień i niezrozumiałe jest, w jakim celu pytał przystępującego o zgodę na ich ujawnienie. To wykonawca ma zadbać o ochronę informacji, które stanowią w jego opinii tajemnicę przedsiębiorstwa i jeżeli o to nie zadbał i nie wykazał zasadności ich zastrzeżenia jako tajemnicy (a w tym wypadku nie podjął nawet próby takiego wykazania), to zamawiający zobowiązany był te informacje ujawnić. Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieujawnienie wyjaśnień przystępującego z dnia 13.11.2020 r.

Już tylko na marginesie należy zauważyć, że nawet uzasadnienie przystępującego złożone po terminie, czyli dopiero w piśmie z dnia 19.11.2020 r. (w odpowiedzi na pytanie zamawiającego o zgodę na ujawnienie informacji), nie było wystarczające do uznania, że przystępujący wykazał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Art. 11 ust. 2 uznk przewiduje następujące przesłanki zastrzeżenia tajemnicy:

- informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób, a uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Informacje zastrzeżone przez przystępującego nie mają charakteru technicznego, czy technologicznego, ani nawet organizacyjnego. Są to informacje „inne", ale bez względu na charakter tych informacji, zgodnie z ww. przepisem, wymagane jest wykazanie ich wartości gospodarczej.

W tym miejscu należy zauważyć, że przystępujący nie wykazał, że jego wyjaśnienia zawierają informacje, które mają wartość gospodarczą i że zostały zastrzeżone zasadnie. Przystępujący opisał, jakie jego zdaniem informacje zawarte są w wyjaśnieniach z dnia 13.11.2020 r., przy czym nie wiadomo dlaczego stwierdził, że są tam „analizy wynikające z know-how wykonawcy", gdyż zdaniem Izby, w piśmie tym nie ma żadnych analiz. O jakiejkolwiek wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji nie świadczą też ogólnikowe stwierdzenia, takie jak: „Informacje te mają charakter istotny dla działania spółki, jako że dotyczą komunikacji pomiędzy spółką, a jej partnerami oraz szeroko pojętej własnej wiedzy (know-how) na temat rynku IT. Skuteczne konstruowanie oferty opiera się bowiem na elementach ściśle związanych z funkcjonowaniem wykonawcy jako przedsiębiorcy na rynku". Każdy wykonawca może pisać o istotności, komunikacji i know-how, ale bez precyzyjnego wykazania m.in., co konkretnie stanowi chronioną wiedzę, w jaki sposób ta wiedza przekłada się na sytuację gospodarczą wykonawcy, z czego wynika, że relacja z danym partnerem jest wyjątkowa na rynku i jaka z tego wynika wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji, nie można skutecznie zastrzec informacji jako

tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie wyjaśnił również, co konkretnie pozwoli innym przedsiębiorstwom „w łatwiejszy sposób konstruować własne oferty" w razie pozyskania zastrzeżonych przez niego informacji i jaki realny skutek miałoby to, że uzyskają oni bezpośrednią wiedzę o kanałach zakupu przystępującego i ich uczestnikach. Nie wiadomo zresztą, dlaczego przystępujący w ogóle zastrzegł jako tajemnicę wyjaśnienia z dnia 13.11.2020 r., skoro m.in. nazwa producenta, czy kanał sprzedaży zostały już przez niego ujawnione we wcześniej złożonych oświadczeniach, które były jawne. Złożone przez przystępującego ogólnikowe wyjaśnienia nie dowodzą jakiejkolwiek wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji i nie dają podstaw do uznania, że informacje zostały zastrzeżone zasadnie.
Należy także zauważyć, że przystępujący nie wykazał zachowania ww. informacji w poufności. Jak wskazano wyżej, część z nich była już wcześniej złożona jako informacje jawne w przedmiotowym postępowaniu, co podważa jakikolwiek sens ich utajniania w dniu 13.11.2020 r. Ponadto oświadczenie przystępującego, że zasady zachowywania zastrzeżonych informacji są opisane w uchwale pn. „Polityka bezpieczeństwa informacji w Integrated Solutions sp. o.o.", nie jest wystarczające do wykazania poufności. W celu wykazania spełnienia przesłanki poufności, o której mowa w art. 11 ust. 2 uznk, przystępujący powinien bowiem załączyć ww. dokument do wyjaśnień po to, aby zamawiający mógł sprawdzić, czy dokument taki rzeczywiście istnieje, czy rzeczywiście dotyczy zasad zachowywania informacji w poufności, czy zasady te rzeczywiście dotyczą tego rodzaju informacji, jakie zostały zastrzeżone w tym postępowaniu i czy metody opisane w tym dokumencie rzeczywiście zapewniają poufność zastrzeżonych informacji. Samo oświadczenie, że istnieje jakiś dokument, bez opisania jego treści i bez przedstawienia go zamawiającemu, nie jest „wykazaniem", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a jedynie gołosłowną deklaracją wykonawcy, niepopartą żadnym dowodem. Twierdzenie natomiast przez przystępującego, że ww. dokument („Polityka bezpieczeństwa") również jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa prowadzi do wniosku, że przystępujący nie zamierza wykazywać zasadności zastrzeganych przez siebie informacji, co z kolei zgodnie z przepisami ustawy Pzp i uznk może skutkować jedynie każdorazowym ich odtajnianiem przez zamawiających. Ponadto należy stwierdzić, że trzymanie dokumentów w pomieszczeniach monitorowanych i chronionych z dostępem z przepustką, czy hasła na nośnikach danych i oprogramowanie np. antywirusowe, są rozwiązaniami powszechnie stosowanymi w niemal wszystkich instytucjach i nie świadczą o żadnej szczególnej ochronie, która uzasadniałaby zastosowanie takiego wyjątku, jakim jest utajnienie informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zgodnie z podstawowymi zasadami – jest jawne.
Reasumując, uzasadnienie przystępującego z dnia 19.11.2020 r. zawiera szereg ogólników i informacji nie popartych żadnymi dowodami, stąd też nie można uznać, że w uzasadnieniu tym, nawet gdyby było złożone w terminie, przystępujący wykazał zasadność zastrzeżenia wyjaśnień z dnia 13.11.2020 r. Oznacza to, że nawet gdyby uzasadnienie to zostało złożone w terminie, zamawiający byłby zobowiązany do ujawnienia wyjaśnień przystępującego. Tym bardzie zatem, gdy przystępujący w ogóle nie złożył żadnego uzasadnienia zastrzeżenia w piśmie z dnia 13.11.2020 r., nieujawnienie zastrzeżonych informacji przez zamawiającego było działaniem błędnym.
Dodatkowo całkowicie niezrozumiałe jest zastrzeżenie przez przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia z dnia 19.11.2020 r., dla którego to zastrzeżenia też nie wskazano żadnego dodatkowego uzasadnienia, a ponadto z całą pewnością nie zawiera ono żadnych informacji podlegających ochronie, więc również ono powinno zostać ujawnione przez zamawiającego.
Nieujawnienie przez zamawiającego informacji zastrzeżonych przez przystępującego stanowiło zatem naruszenie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp podniesionego w odwołaniu, a ponadto art. 8 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 uznk. Należy bowiem podkreślić, że obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne zbadanie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z uwzględnieniem przede wszystkim tego, że zasadą jest prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne w sposób jawny, utajnienie informacji jest zaś wyjątkiem, a od października 2014 r. (ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych - Dz.U. z 2014 r. poz. 1232) wykonawca ma obowiązek wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy.

Reasumując, Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów podniesionych w odwołaniu. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący …….