

WYROK
z dnia 19 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Marek Koleśnikow
Beata Konik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie:

S&T Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), Abakus Systemy Teleinformatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawcy **Nekken Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Juliusza Kossaka 3, 01-576 Warszawa,**

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Euvic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), Euvic Solutions Spółka Akcyjna, Softiq Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **S&T Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), Abakus Systemy Teleinformatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **S&T Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), Abakus Systemy Teleinformatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) w związku z art. 92 ust. 2 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 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie, budowę i wdrożenie Systemu Rejestracji Broni (SRB) przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: S&T Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), Abakus Systemy Teleinformatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: w Warszawie (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec:

1. wyboru jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Euvic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), Euvic Solutions Spółka Akcyjna, Softiq Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera w Gliwicach (dalej „konsorcjum”),

2. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Nekken Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, (dalej „Nekken”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 i 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 ze zm.) [dalej „u.z.n.k.”] w zw. z art. 15 ust. 1 u.z.n.k., przez wybór jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum, podczas gdy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1-3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 i 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. ofertę konsorcjum wskazanych wyżej spółek należało odrzucić,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Nekken, podczas gdy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ofertę tego wykonawcy należało odrzucić.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum,

2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

3. ujawnienie utajnionych (objętych poufnością) elementów oferty konsorcjum w pkt 4 „Formularza ofertowego – Oświadczenie” w ramach tabeli w kolumnach:

• „cena jednostkowa brutto zł”,

• „liczba szt.” – w części dotyczącej Oprogramowania Standardowego,

• „łączna wartość brutto”,

• „producent/firma i nazwa/model”

oraz następujących dokumentów stanowiących element oferty konsorcjum:

• dokument potwierdzający certyfikację dla oferowanego systemu bezpieczeństwa Firewall przez niezależne

organizacje,

- wynik testów niezależnych organizacji dla oferowanego rozwiązania Firewall Aplikacyjny WAF – wszystkie,
- 4.odrzucenie oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp,
- 5.odrzucenie oferty Nekken na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że istotą zarzutu z pkt. 1 petitum odwołania jest zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty konsorcjum pomimo, że nie wykazało spełnienia przesłanek wymaganych celem utajnienia informacji zawartych w ofercie konsorcjum i jednocześnie pomimo tego, że objęcie wskazanych części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa było niedopuszczalne, a co doprowadziło do wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Wskazał, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi fundament funkcjonowania systemu zamówień publicznych oraz umożliwia weryfikację zasadności wydatkowania na ten cel środków publicznych, wskazując, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp na zamawiającym ciąży obowiązek zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i przedsięwzięcie odpowiednich działań w zależności od wyniku tej analizy.

W ocenie odwołującego zamawiający zaniechał weryfikacji zasadności, zgodności z prawem i skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez konsorcjum.

Podniósł, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum zobowiązane było wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.:

- 1.informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2.informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3.podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Stwierdził, że informacje, które konsorcjum objęło tajemnicą przedsiębiorstwa, a co zaakceptował zamawiający dotyczyły istoty zaoferowanego rozwiązania i jego kluczowych parametrów umożliwiających ustalenie co, w jakiej ilości i za jaką cenę zostało zaoferowane.

Stanął na stanowisku, że już z tego powodu taki element oferty nie może być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa podlegającą zastrzeżeniu.

Powolał się na fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 czerwca 2019 r. o sygn. KIO 963/19: *„skoro parametry techniczne systemu monitoringu zostały określone przez Zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poszczególnych urządzeń w taki sposób, że zadaniem wykonawcy był jedynie dobór na podstawie swojej wiedzy i doświadczenia konkretnych urządzeń dostępnych na rynku. Oczywiście na rynku może istnieć większa lub mniejsza liczba urządzeń odpowiadających wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia, jednak ich specyfikacje techniczne są powszechnie udostępniane przez producentów”*

Stwierdził że w związku z tym wyłączenie jawności kluczowych elementów oferty sprawia, że zamówienie traci walor „publiczny”, jest nieweryfikowalne co do jego zasadniczych elementów; informacje, na których utajnienie zezwolił zamawiający w istocie stanowią bezpośrednio dane mające spełniać jego oczekiwania podane w SIWZ co do przedmiotu zamówienia. Uznał, że cena zakupu urządzenia lub oprogramowania, charakter danego urządzenia (model, typ) oraz rodzaj oprogramowania to informacje o zestawieniu produktów dostępnych na rynku, a takie zestawienie nie może być tajemnicą przedsiębiorstwa, bowiem wypaczałoby to zasady jawności i przejrzystości procesu zamówień publicznych, a w konsekwencji żaden z wykonawców nie może zweryfikować co zaoferowało konsorcjum, w szczególności, czy zamawiający prawidłowo ocenił spełnienie przez zaoferowane urządzenia i oprogramowanie warunków SIWZ.

Zauważył, że elementy oferty konsorcjum objęte poufnością to – jak wskazało samo konsorcjum *„powiązanie, takie jak odpowiednio dobrane modele urządzeń, konfiguracje przedmiotowych urządzeń, powiązanie urządzeń z oprogramowaniem, zakres możliwych rekonfiguracji urządzeń i oprogramowania na etapie wdrożenia systemu u Zamawiającego. Przyjęte założenia i rozwiązania, a także architektura rozwiązania nie były przez wykonawcę udostępniane ogółowi, ale nie są i nie mogą być dostępne dla osób zawodowo trudniących się konfiguracją takich rozwiązań.”*

Stwierdził, że takie informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w okolicznościach przedmiotu postępowania.

Odwołujący stanął na stanowisku, że błędnym jest twierdzenie konsorcjum, że zestawienie z sobą urządzeń komputerowych (hardware) samo w sobie stanowi know-how konsorcjum.

Zdaniem odwołującego w polskim prawie nie istnieje legalna definicja know-how i najczęściej utożsamia się je z wiedzą techniczną mającą znaczenie gospodarcze, która nie jest dostępna publicznie (tzw. wiedza proceduralna), zaś jedynym normatywnym odpowiednikiem nieostrego pojęcia know-how jest tajemnica przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. – uznał, że *idem per idem* konsorcjum stwierdziło, że know-how jest poufne, bo jest tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

W ocenie odwołującego o braku podstawy do objęcia oferty poufnością świadczą jednak i inne, legalne przesłanki art. 11 ust. 2 u.z.n.k., przede wszystkim to, że w danej sytuacji, w odpowiedzi na postawione przez zamawiającego wymogi mogą zostać zaoferowane urządzenia i oprogramowanie różnego typu, spełniające jednak wymogi zamawiającego, co nie oznacza od razu, że jest to wiedza o szczególnej wartości gospodarczej.

Ocecił, że konsorcjum błędnie utożsamiało, a zamawiający zaakceptował, personalizację pewnego zestawienia urządzeń i programów komputerowych z wiedzą stanowiącą know-how, tj. informacjami posiadającymi szczególną wartość na rynku. Podniósł, że dobór sprzętu komputerowego i oprogramowania tak, aby zrealizować określone wymagania nie jest sam w sobie działaniem o charakterze know-how w znaczeniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. z następujących powodów:

- rodzaj urządzenia, które ma być użyte wynika bezpośrednio z oczekiwanej funkcji, którą ma realizować (np. dysk, macierz, switch, serwer),
- wiedza o tym, jakie urządzenie (tele)informatyczne spełnia jaką funkcję, jest elementarną wiedzą z dziedziny informatyki,
- urządzenia (tele)informatyczne są publicznie dostępne na rynku dla każdego,
- parametry urządzeń (tele)informatycznych w zakresie niezbędnym do określenia ich funkcji również są publicznie dostępne,
- analogicznie, znane są funkcjonalności oprogramowania komputerowego oferowanego publicznie,
- zestawianie ze sobą tych urządzeń (tele)informatycznych (ich dobór) wymaga wiedzy (tele)informatycznej, często nakładów czasu na zapoznanie się z charakterystyką urządzeń dostarczanych przez producenta, recenzją ich niezawodności i rzeczywistego działania a także nierzadko wymaga doświadczenia,

jednak wszystko to nie zawiera w sobie elementu wiedzy niedostępnej na rynku, wytworzonej specyficznie przez konsorcjum, co tym samym oznacza, że konsorcjum, a w konsekwencji zamawiający utożsamili agregację informacji o dostępnych rozwiązaniach, zwykłą wiedzę (tele)informatyczną i programistyczną o konfiguracji urządzeń i systemów z know-how – dokonał błędnego podziału rynkowego na wiedzę bez żadnego znaczenia i wiedzę mającą znaczenie, która winna być chroniona jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 2 u.z.n.k.

Stwierdził, że pomiędzy wiedzą bez żadnej wartości na rynku a know-how w rozumieniu art. 11 ust 2 u.z.n.k. istnieje jeszcze wiele innych stanów wiedzy, które wynikają z doświadczenia danego podmiotu, jego sprawności, wiedzy o rynku i produktach, umiejętności stosowania produktów itp., które choć mają znaczenie dla prowadzenia działalności gospodarczej, wcale nie są wiedzą niedostępną na rynku.

Wskazał, że w myśl uzasadnienia wyroku NSA Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 lipca 2003 r., III SA 1661/01: „*Know-how jest to zespół informacji poufnych, istotnych i zidentyfikowanych we właściwej formie. Termin „poufny” oznacza, że przedmiot umowy nie jest powszechnie dostępny i znany. Termin „istotny” oznacza, że informacje są ważne i niebanalne, zaś termin „zidentyfikowany” oznacza, że know-how jest opisane lub utwalone w taki sposób, aby możliwe było sprawdzenie, że spełnia ono kryterium poufności i istotności.*”

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2011 r. KIO/UZP 2793/10, zgodnie, z którym: „*informacje opracowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez zamawiającego w SIWZ a więc jawne, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowym stanie faktycznym gdzie przedmiot zamówienia został precyzyjnie opisany przez zamawiającego a zaofertowane produkty nie powstały na potrzeby tego postępowania o zamówienie publiczne nie stanowią „know-how” wykonawcy i jako takie nie mogą być utajnione informacje na ich temat nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba nie znajduje również uzasadnienia dla stwierdzenia, iż zastrzeżone przez przystępującego informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Należy wskazać, iż nie ma cech tajemnicy informacja, o której można się dowiedzieć z dostępnych źródeł co ma miejsce w tym przypadku gdyż wiadomości dotyczące producenta, modelu, typu, wersji oferowanego sprzętu oprogramowania są ogólnie dostępne chociażby na stronach internetowych.*”

Wskazał, że know-how wymaga, aby wiedza była niemożliwa do uzyskania na rynku, tymczasem wiedza o parametrach urządzeń i funkcjonalności oprogramowania jest możliwa do łatwego pozyskania z rynku, a do jej wykorzystania należy mieć odpowiednie wykształcenie (tele)informatyczne i programistyczne – zarówno konsorcjum, jak i zamawiający utożsamili personalizację i dobór urządzeń z know-how czyli szczególnie istotną wiedzą o rynku, co jest – wedle odwołującego – chybione.

Uzupełnił, że zamawiający w SIWZ nie oczekiwał, aby urządzenia i oprogramowanie spełniały jakiegokolwiek inne parametry i funkcjonalności niż te upubliczniane przez ich producentów, a zatem dobór urządzeń nie wymagał w żadnej mierze posiadania informacji, które mogą być pozyskane np. w drodze odwrotnej inżynierii, własnych badań, działalności badawczo-rozwojowej.

Odwołujący stanął także na stanowisku, że błędne jest uzasadnianie przez konsorcjum, że wskazane elementy formularza ofertowego stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na kwestie gospodarcze.

Stwierdził, że zamawiający nie wymagał wskazania, od kogo wykonawca nabywa dane zasoby, ale kto jest ich producentem, aby zidentyfikować co będzie przedmiotem nabycia (dostawy) oraz, że cena w zamówieniach publicznych jest ze swej istoty jawna.

Podkreślił, że biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy to prostego, jednoelementowego, czy to składającego się z wielu elementów, wykonawca musi liczyć się z tym, że warunki cenowe będą upublicznione, bowiem jest to także istotą informacji publicznej w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2157 ze zm.).

Uzupełnił, że podanie przez konsorcjum cen, po jakich oferuje dane urządzenia i oprogramowanie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem jest to jedynie jednostkowe wskazanie, na potrzeby tej konkretnej transakcji, jaką cenę i wartość przyjęto; cena podana przez konsorcjum nie musi być ceną ani najniższą (najbardziej konkurencyjną) z możliwych, ani możliwą do uzyskania stale.

Ocecił, że ujawnienie cen, po jakich określone produkty zakupi konsorcjum nie mówi nic o jego sytuacji i pozycji rynkowej oraz o możliwościach w innych transakcjach, w tym w innych postępowaniach, natomiast utajnienie tych informacji sprawia, że niemożliwa jest kontrola zarówno rodzaju urządzeń i programów, ich pochodzenia, a zatem czy spełniają one wymogi SIWZ, jak i uniemożliwia weryfikację, czy nie dochodzi do czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., tj. oferowania towarów poniżej ceny ich nabycia lub poniżej kosztów ich wytworzenia.

Stwierdził, że konsorcjum nie wyjaśniło jakie to „powiązania” pomiędzy członkami tego konsorcjum miałyby zostać ujawnione na skutek upublicznienia treści oferty.

Zdaniem odwołującego nie ma możliwości, aby wskazanie cen zakupu i rodzajów produktów mogło stanowić jakąkolwiek informację o znaczeniu gospodarczym i to kwalifikowanym, takim, jak przewidziane w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Stanął na stanowisku, że gdyby przyjąć zaakceptowane przez zamawiającego rozumowanie konsorcjum to również cena ofertowa za wykonanie zamówienia publicznego byłaby tajemnicą przedsiębiorstwa, bowiem mówi o możliwościach gospodarczych, rynkowych, a nadto o zdolności danego wykonawcy do konkurowania (oferowania produktów na atrakcyjniejszych warunkach) na rynku, co byłoby – według odwołującego – stanem absurdalnym, niedopuszczalnym w systemie zamówień publicznych.

Odnosząc się do argumentu konsorcjum, że zamawiający wskazał na parametry jedynie minimalne danego sprzętu, stwierdził, że o ile dany parametr nie jest elementem oceny oferty, to oferowanie parametrów lepszych, większych funkcjonalności itp. w ogóle nie ma znaczenia dla zamówienia publicznego i nie tylko nie powinno, ale wręcz nie może być brane pod uwagę wobec czego, jeśli konsorcjum widzi jakąś szczególną korzyść w zaofertowanym doborze urządzeń i oprogramowania, a korzyść ta nie wynika z parametrów SIWZ i nie stanowi kryterium oceny oferty, to czyni to we własnym zakresie, z własnej inicjatywy i na własną odpowiedzialność, zaś zamawiający nie może z tego faktu wyciągać jakichkolwiek skutków dla oceny oferty konsorcjum.

Uznał, że konsorcjum w stosunku do informacji dotyczących: producenta/firmy, nazwy/modelu oraz liczby sztuk urządzeń i oprogramowania nie wykazało spełnienia żadnej z przesłanek art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., ponieważ informacje będące elementem oferty albo są powszechnie dostępne i nie posiadają kwalifikowanej, szczególnej wartości gospodarczej w świetle art. 11 ust. 2 u.z.n.k., albo w ogóle w ramach zamówień publicznych nie mogą stanowić elementu poufnego jako cena ofertowa.

W odniesieniu do podjętych przez konsorcjum, w celu zachowania poufności informacji, działań stwierdził, że trudno jest mówić o jakichkolwiek działaniach, na skutek których konsorcjum byłoby w mocy utajnić powszechnie znane dane takie jak nazwa i model urządzenia lub nazwa oprogramowania.

Podsumował, że konsorcjum jako tajemnicę przedsiębiorstwa zakwalifikowało wiedzę powszechnie dostępną, nie wykazując jednocześnie na czym polega szczególna wartość informacji zawartych w części pkt. 4 „Formularza Ofertowego”.

Odwołujący stanął nadto na stanowisku, że konsorcjum nie wskazało też, w jaki sposób ujawnienie producenta/firmy, czy też nazwy/modelu oferowanych urządzeń i oprogramowania może wyrządzić mu bezpośrednią szkodę; informacje te, jako powszechnie znane, nie materializują żadnej trwałej wartości gospodarczej, poza informacją o tych konkretnych warunkach dla tego konkretnego postępowania. Uzupełnił, że w treści Załącznika nr 2 do SIWZ zamawiający wprost wskazał, że w zakresie pozycji 5 i 6 tabeli zawartej w pkt. 4 Formularza Ofertowego należy

zapropnować rozwiązanie firmy Quantum.

Uznał, że brak jest podstaw, dla których wymaganie wyrażone w warunkach zamówienia publicznego zamieszczonego na powszechnie dostępnej stronie internetowej, do której dostęp miał każdy wykonawca zostało utajnione.

Dowód: Formularz Ofertowy – Oświadczenie.

W ocenie odwołującego treść przelożonego przez konsorcjum uzasadnienia dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa nie uzasadniania objęcia wskazanych tam informacji poufnością, a zatem nie spełnia warunków z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że oferta złożona przez konsorcjum jest niezgodna z ustawą – zawiera sprzeczne z ustawą wyłączenie określonych informacji (art. 8 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) jak i nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ – wedle odwołującego – skoro wyłączenie jawności określonych elementów oferty jest niedopuszczalne w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp to taką ofertę należy traktować jak ofertę niekompletną, tj. tak, jakby utajnionych elementów w ogóle nie podano, zaś oferta taka nie mogłaby być uzupełniona w trybie art. 87 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji niekompletna (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

W odniesieniu do objęcia tajemnicą dokumentów potwierdzających certyfikację dla oferowanego systemu bezpieczeństwa Firewall przez niezależne organizacje oraz wyniku testów niezależnych organizacji dla oferowanego rozwiązania Firewall Aplikacyjny WAF odwołujący stwierdził, że elementy infrastruktury (tj. urządzenia i oprogramowanie) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a wyłączenie ich poufności było bezprawne.

Odwołujący podał, że w ramach uzasadnienia swojego stanowiska konsorcjum powołało się na występowanie w przywołanych dokumentach nazwy producenta, która wskazuje na zastosowane rozwiązanie.

Dowód: „Uzasadnienie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Powołał się na uzasadnienie i argumentację wskazaną powyżej. Uzupełnił, że konsorcjum zaniechało dowodzenia spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. wobec czego należy przyjąć, że ich spełnienie nie zostało należycie wykazane.

Oświadczył, że utajnione dokumenty mogą stanowić i zapewne stanowią publicznie dostępne materiały, bowiem zgodnie ze zwyczajem rynkowym i celem takich dokumentów, producenci sprzętu tele(informatycznego) upubliczniają informacje o certyfikatach i wynikach testów.

Wskazał, że choć pełna treść oferty konsorcjum nie jest znana z uwagi na wyłączenie jej jawności, to można uzyskać w Internecie następujące certyfikaty i wyniki testów dla następujących urządzeń Fortinet FOR-FG-600E (w zakresie oferowanych Firewalli – wiersz 8 tabeli z pkt 4 Formularz Ofertowego) oraz Fortinet FOR-FWB-100 (w zakresie oferowanego System Web Application Firewall – wiersz 9 tabeli z pkt 4 Formularz Ofertowego).

Certyfikaty i wyniki testów dla Fortinet FOR-FG-600E (Załącznik nr 8).

Certyfikaty i wyniki testów dla Fortinet FOR-FWB-100 (Załącznik nr 9).

Zwrócił uwagę na okoliczność, że wszyscy wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu zaoferowali identyczne urządzenia, tj.:

- w zakresie Firewall (wiersz nr 8 tabeli z pkt 4 dokumentu „Formularz ofertowy – Oświadczenie”) – Fortinet FortiGate 600E,
- w zakresie WAF (wiersz nr 9 tabeli z pkt 4 dokumentu „Formularz ofertowy – Oświadczenie”) – Fortinet FordWeb 1000E.

Dowód: „Formularz ofertowy – Oświadczenie” złożone przez wszystkich pozostałych wykonawców.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r., zgodnie, z którym: *„Nie ulega także wątpliwości, że dysponentem informacji zawartych w kartach katalogowych są podmioty trzecie, nie zaś sam wykonawca. Przystępujący nie przedstawił żadnych dokumentów, z których wynikałoby, że podmioty trzecie nie wyraziły zgody na ujawnienie informacji. Same twierdzenia, że Przystępujący prowadząc własne przedsiębiorstwo stosuje i zachowuje politykę poufności informacji, nie odnosi się do kart katalogowych. Natomiast z tych dokumentów nie płyną inne informacje, na przykład o sposobie pracy zespołu Przystępującego, które wymagałby utajnienia. Nie można podzielić twierdzeń Przystępującego i Zamawiającego, że w postępowaniu mamy do czynienia z takim zestawem urządzeń, które zostały indywidualnie dobrane dla potrzeb danego Zamawiającego. Zwrócić uwagę należy, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, zaoferowali podobne urządzenia, w bardzo zbliżonych cenach. Tak więc teza o unikalności rozwiązania Przystępującego nie znajduje oparcia ani w treści samej oferty tego wykonawcy, ani w dokumentach przedmiotowych w postaci kart katalogowych. Nie wykazano w żaden sposób, że cały zbiór informacji zawartych w poszczególnych dokumentach obrazuje na tyle szczegółowo sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny i który stanowi także pracę koncepcyjną i twórczą.”*

Odwołujący stanął w dalszej kolejności na stanowisku, że skoro informacje objęte poufnością nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k, to żądanie wyłączenia ich jawności stanowiło naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zarówno przez konsorcjum, jak i w konsekwencji przez zamawiającego – doszło także do zmateralizowania się dwóch czynów nieuczciwej konkurencji, których dopuściło się konsorcjum na szkodę odwołującego jak i pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Wskazał, że czynami nieuczciwej konkurencji są:

1. utrudnienie dostępu do rynku jako czyn stypizowany z art. 15 ust. 1 u.z.n.k.,
2. nieuczciwe uniemożliwienie konkurowania w przetargu publicznym, poprzez utajnienie informacji, których utajnienie jest sprzeczne z prawem jako czyn niestypizowany, rekonstruowany w oparciu o klauzulę generalną art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Stwierdził, że dla wykazania spełnienia obu wskazanych czynów nieuczciwej konkurencji konieczne jest wykazanie, że podmioty jako przedsiębiorcy w rozumieniu art. 2 u.z.n.k. pozostają w stosunku konkurencji (art. 1 u.z.n.k.).

Podniósł, że skoro konsorcjum i odwołujący oferują te same towary i usługi w ramach przedmiotu zamówienia i ubiegają się o udzielenie zamówienia to w oczywisty sposób spełniona jest przesłanka pozostawania przez nie w stosunku konkurencji.

Stwierdził także, że dla uznania, że działanie konsorcjum stanowi stypizowany czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. spełnione muszą być łącznie przesłanki klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj. zachowanie przedsiębiorcy musi być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz musi zagrażać lub naruszać interes przedsiębiorcy lub klienta (funkcja korygująca klauzuli generalnej czynu nieuczciwej konkurencji).

Ocecił, że przepis art. 3 ust. 1 u.z.n.k. służy wskazywaniu czynów nieuczciwej konkurencji, czemu służyć mają zawarte w nim kryteria, które zostały wyrażone w sposób nieostry.

Stwierdził, że działanie konsorcjum wskazane w odniesieniu do zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie jest realizowane w związku z prowadzoną przez konsorcjum działalnością (art. 2 u.z.n.k.), jest także sprzeczne z prawem, bowiem naruszyło art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Uznał nadto, że działaniom tym można przypisać sprzeczność z dobrymi obyczajami, bowiem nie jest dobrym

zwyczajem w obrocie gospodarczym uzyskiwanie przewagi rynkowej, polegającej na uniemożliwieniu uczestnikom danego postępowania weryfikacji kluczowych elementów oferty konkurenta, w sytuacji, gdy obowiązek taki przewidują przepisy regulujące dany tryb kontraktowania; w ten sposób konsorcjum instrumentalnie wykorzystwała przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, niezgodnie z jego przeznaczeniem i uzyskało nieuczciwą przewagę nad konkurentami przynajmniej w aspekcie weryfikacji kluczowych elementów jego oferty, co spełnia też drugą przesłankę klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 u.z.n.k. tj. narusza interes innego przedsiębiorcy (odwołującego), uniemożliwiając weryfikację oferty konsorcjum, a tym samym wyłączając możliwość rzeczywistego konkurowania o uzyskanie zamówienia – odwołujący nie wie, czy oferta konsorcjum spełniania warunki SIWZ i mimo publicznego charakteru tego trybu kontraktowania (trybu zamówień publicznych), uniemożliwiła jego kontrolę, doprowadzając do sytuacji, gdy spełnienie warunków SIWZ przez ofertę konsorcjum stało się wyłącznie sprawą pomiędzy konsorcjum a zamawiającym.

W kontekście przesłanek art. 15 ust. 1 u.z.n.k. odwołujący stwierdził, że działanie konsorcjum stanowi utrudnienie odwołującemu dostępu do rynku, który – w tym przypadku – winien być definiowany jako rynek zamówień publicznych branży IT/teleinformatycznej, tj. rynek produktowy/asortymentowy zgodnie z metodologią wyznaczania rynków właściwych Podniósł, że utrudnienie dostępu do tego rynku odwołującemu polega na tym, że wyłączenie jawności istotnych elementów oferty konsorcjum uniemożliwia jej weryfikowanie, co – według odwołującego – wprowadza inne niż kryteria wskazane w SIWZ przez zamawiającego bariery dostępu do tego rynku; informacja o ofercie konsorcjum, która winna być jawna, staje się dodatkowym, cennym zasobem dla odwołującego, wyłączając możliwość jej weryfikacji przez odwołującego. Uzupełnił, że dochodzi do zaburzenia równowagi konkurencyjnej pomiędzy konsorcjum a odwołującymi, bowiem konsorcjum może weryfikować ofertę odwołującego pod kątem zgodności z SIWZ, co w drugą stronę jest niemożliwe.

Wskazał, że opisane powyżej działania stanowi także niestypizowany czyn nieuczciwej konkurencji rekonstruowany w oparciu o klauzulę art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w jej funkcji uzupełniającej – w doktrynie wyróżnia się bowiem znaczenie funkcji uzupełniającej i korygującej art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Podał, że wprowadzenie w tym przepisie klauzuli generalnej jest szczególnie ważne ze względu na to, że zdefiniowanie wszystkich czynów nieuczciwej konkurencji w katalogu zamkniętym byłoby z pewnością niemożliwe, a otwartość tego katalogu jest niezbędna dla uniknięcia naruszania zasad uczciwych praktyk rynkowych w relacjach B2B bez ponoszenia konsekwencji prawnych.

Stwierdził, że orzecznictwo dopuszcza możliwość kumulatywnego zastosowania art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (niestypizowanego czynu) i przepisu odnoszącego się do konkretnego (stypizowanego) czynu nieuczciwej konkurencji, tj. w tym przypadku art. 15 ust. 1 u.z.n.k. – zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, w wyroku z dnia 28 października 2010 roku, „(...) funkcja uzupełniająca nie wyklucza stosowania do tego samego zachowania również przepisu szczególnego; art. 3 oraz przepisy wymienione w rozdziale 2 uzupełniają się i mogą być stosowane kumulatywnie” (sygn. akt II CSK 191/10).

Odwołujący podniósł, że opisany niestypizowany czyn nieuczciwej konkurencji, jakiego dopuściło się konsorcjum polega na naruszającym prawo (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp), nieuczciwym uniemożliwieniu konkurowania odwołującego z konsorcjum w przetargu publicznym, poprzez utajnienie informacji na skutek instrumentalnego wykorzystania przepisów prawa zamówień publicznych wyłącznie po to, by uchronić się przed weryfikacją własnej oferty przez innych wykonawców, osiągając przewagę polegającą na tym, że konsorcjum posiada o ofertach konkurentów, w tym odwołującego więcej informacji, niż odwołujący o ofercie konsorcjum, przez co zaburzono możliwość weryfikacji ofert na zasadzie równości przez wszystkich wykonawców.

Podsumował, że skoro działanie konsorcjum stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, to oferta konsorcjum winna podlegać odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzuty dotyczącego oferty Nekken odwołujący stwierdził, że w tabeli z pkt 4 Formularza Ofertowego zamawiający wymagał podania elementów związanych z infrastrukturą sprzętową (urządzenia (tele)informatyczne) oraz wskazanych tam informacji w zakresie Oprogramowania Standardowego (pkt 14 tabeli). Uzupełnił, że pod tabelą z pkt 4 zamawiający umieścił przypis do pkt 14 o treści „Ilości Oprogramowania standardowego Wykonawca winien oferować i wycenić w zależności od rodzaju oferowanego sprzętu.”

Zdaniem odwołującego powyższe wskazuje, iż zamawiający oczekiwał nie tylko wskazania ilości poszczególnych pozycji produktowych Oprogramowania Standardowego, ale także jednoznacznego wskazania wszystkich pozycji Oprogramowania Standardowego, za pomocą którego wykonawca zamierza zrealizować przedmiot zamówienia i które obsłuży pełen zakres zdefiniowany w SIWZ w zakresie Oprogramowania Standardowego.

Wskazał, że w myśl definicji zawartej w Załączniku nr 1 do Umowy będącym Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia Oprogramowanie Standardowe to „Oprogramowanie narzędziowe, oprogramowanie systemowe lub oprogramowanie aplikacyjne, dostarczone przez Wykonawcę, na używanie którego udzielone zostaną na rzecz Zamawiającego licencje/sublicencje przez producentów tego oprogramowania”.

Odwołujący wskazał na następujące braki w zakresie zaoferowanego przez Nekken Oprogramowania Standardowego:

- 1.brak spełnienia wymagania z pkt. 13.14. „System Monitoringu” Szczegółowego opisu przedmiotu Zamówienia, będącego częścią SIWZ (dalej „SOPZ”),
- 2.brak spełnienia wymagania z pkt 15.5 „Platforma e-learningowa” SOPZ,
- 3.brak elementu w postaci bazy danych do Oprogramowania Standardowego,
- 4.brak wskazania kosztów utrzymania Oprogramowania Standardowego w zakresie wskazanym w pkt 17.3. „Gwarancja – Oprogramowanie Standardowe” SOPZ,
- 5.brak dostępu do nowych wersji zaoferowanego Oprogramowania Standardowego Microsoft Windows Server 2019 DataCenter, co zostało przez zamawiającego wskazane jako wymóg w pkt 17.3 „Gwarancja – Oprogramowanie Standardowe” SOPZ.

Ad. 1

Zdaniem odwołującego to, że zaoferowane przez Nekken oprogramowanie „Veeam Availability Suite Enterprise Plus” nie spełnia wymogów pkt. 13.14 SOPZ wynika z faktu, iż wymagania dotyczą monitorowania warstwy fizycznej infrastruktury, tj. serwerów, macierzy i innych urządzeń, gdy tymczasem zaoferowane przez Nekken oprogramowanie choć zawiera w sobie funkcjonalności monitoringu, to wyłącznie w zakresie warstwy oprogramowania, tj. systemów operacyjnych, systemów wirtualizacyjnych bez jakiegokolwiek możliwości monitorowania fizycznej infrastruktury.

Podał, że powyższe potwierdza wiadomość e-mail z 8 stycznia 2021 r. od inżyniera S&T posiadającego stosowne certyfikaty w przedmiotowym zakresie.

Dowód: wydruk e-mail z 8 stycznia 2021 r. od S&T Services Polska Sp. z o.o. (Załącznik nr 10).

Podniósł, że gdyby zamawiający dopuszczał, aby wymagania z pkt 13.14 SOPZ można było zrealizować jako Oprogramowanie Dedykowane System Monitoringu zdefiniowany w pkt. 13.14 byłyby ujęte jako jeden z modułów w pkt 11 „Moduły w SRB” SOPZ lub też w pkt 12 „Wymagania w zakresie Oprogramowania Dedykowanego” SOPZ; skoro jednak elementy (funkcjonalności) z pkt 13.14. „System Monitoringu” SOPZ nie znajdują się w zakresie funkcjonalności Oprogramowania Dedykowanego z pkt 11 i 12 SOPZ, to muszą one być realizowane przez Oprogramowanie Standardowe.

Uzupełnił, że potwierdzeniem powyższego jest:

- o odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 8 w Komunikacie z 5 października 2019 r., że w ramach spełnienia wymagania 13.14. należało zaofერować Oprogramowanie Standardowe np. poprzez rozbudowę obecnie posiadanego lub zaofęrowanie całkowicie nowego oprogramowania. (Pytanie nr 8: „Czy Zamawiający posiada preferencje co do wykorzystania konkretnego oprogramowania co realizacji przedmiotowego monitoringu?” Odpowiedź: „Zamawiający aktualnie wykorzystuje do monitorowania oprogramowanie Orion Solarwinds, i preferuje jego wykorzystanie do monitorowania infrastruktury sieciowej, z zastrzeżeniem, iż jest również możliwość monitorowania przy jego użyciu serwerów i aplikacji, jednak wówczas wymagane jest doposażenie systemu przez Wykonawcę w odpowiednie licencje.”),

- o odpowiedź na pytanie nr 44 (Pytanie nr 44: „Czy w przypadku wykorzystania oprogramowania standardowego typu Open Source wsparcie może być świadczone przez Wykonawcę projektu (o ile jest wymagane przez Zamawiającego)?” Odpowiedź: „Tak”).

Dodał, że odpowiedź ta potwierdza także, iż nawet oferując typu open source należało je wykazać jako Oprogramowanie Standardowe choćby z uwagi na koszty związane z wymaganiem z zawartym w pkt „17.3. Gwarancja – Oprogramowanie Standardowe” SOPZ.

- o odpowiedź na pytanie nr 197 (Pytanie nr 197: „Czy Zamawiający przez „dostęp do aktualizacji Oprogramowania Standardowego” rozumie dostęp do poprawek i patchy w ramach danej wersji oprogramowania czy również prawo do upgrade'u wersji czyli opcje Microsoft Software Assurance?” Odpowiedź: „Zamawiający wymaga prawa do upgrade'u wersji w czasie trwania wsparcia dla SRB.”

Dodał, że z odpowiedzi tej wynika, że bez względu na to czy oferowane Oprogramowanie Standardowe jest typu open source, tzn. nie ma kosztów jego zakupu, to występują koszty związane z wymaganiem z zawartym w pkt „17.3. Gwarancja – Oprogramowanie Standardowe” SOPZ, a zatem, że oprogramowanie przewidziane w pkt 13.14. „System Monitoring” SOPZ mogło być realizowane wyłącznie jako Oprogramowanie Standardowe.

- o odpowiedź na pytanie 434 (Pytanie nr 434: „Prosimy o podanie wymagań oraz kryteriów jakościowych, które będą podstawą odbioru tego wymagania.” Odpowiedź: „Zamawiający wymaga wdrożenia przez Wykonawcę systemu monitoring kluczowych elementów systemu SRB i infrastruktury teleinformatycznej SRB.”

Ocecił, że intencją zamawiającego było Oprogramowanie Standardowe, a nie Oprogramowanie Dedykowane.

- o odpowiedź na pytanie nr 586 (Pytanie nr 586: „Prosimy o doprecyzowanie w jakim sensie oprogramowanie ma obsługiwać wymagane technologie? Czy system powinien pozwalać na monitoring wskazanych protokołów i oprogramowania. Umożliwić uwierzytelnianie via LDAP, powiadamianie via SMTP, GUI może być dostępne via HTTP/HTTPS, może składować dane w bazie MSSQL, MySQL, Oracle albo PostgreSQL, logowanie zdarzeń systemu via syslog.”, Odpowiedź: „Zamawiający oczekuje dostarczenia systemu monitoringu umożliwiającego monitoring ww. usług od strony serwera, jak również zasymulowanie interakcji od strony użytkownika.”

Stwierdził, że zamawiający nie mógłby zweryfikować spełnienia wymogu przez Nekken, jeśli nie było wyszczególnionego w ramach tabeli z pkt 4 Formularza Oferty.

Dowód: komunikat zamawiającego z 8 października 2019 r.

Ad. 2

Odwołujący wskazał, że zamawiający jednoznacznie zdefiniował, iż w zakresie Platformy e-learningowej należy zaofęrować rozwiązanie standardowe („Oprogramowanie Standardowe”). Podniósł, że wykonawca Nekken nie wskazał żadnej nazwy oprogramowania, które realizowałoby funkcjonalność Platformy e-learningowej, co oznacza, że albo nie zaofęrował jej w ogóle w ramach swojej oferty, albo zaofęrował ją w ramach Oprogramowania Dedykowanego, co jednak jest niedopuszczalne.

Zdaniem odwołującego, gdyby zamawiający dopuszczał, aby wymagania z pkt. 15.5 SOPZ można było zrealizować jako Oprogramowanie Dedykowane Platforma e-learningowa zdefiniowana w pkt 15.5 byłaby ujęta jako jeden z elementów w pkt. 11 „Moduły w SRB” SOPZ, w pkt. 12 „Wymagania w zakresie Oprogramowania Dedykowanego” SOPZ, względnie w innym miejscu SOPZ ze wskazaniem na Oprogramowanie Dedykowane.

Skoro zatem elementy (funkcjonalności) z pkt 15.5. „Platforma e-learningowa” SOPZ nie znajdują się w zakresie opisu Oprogramowania Dedykowanego z pkt. 11 i 12 SOPZ w innych miejscach SOPZ, to – wywnioskował odwołujący – muszą być realizowane przez Oprogramowanie Standardowe, jednak wykonawca Nekken nie przewidział żadnego Oprogramowania Standardowego realizującego te funkcjonalności.

Uzupełnił, że jego stanowisko potwierdzają odpowiedzi zamawiającego na pytania:

- o nr 44: „Czy w przypadku wykorzystania oprogramowania standardowego typu Open Source wsparcie może być świadczone przez Wykonawcę projektu (o ile jest wymagane przez Zamawiającego)?” Odpowiedź: „Tak”.

Dodatkowo wskazał, że odpowiedź ta potwierdza, iż nawet oferując oprogramowanie typu open source należało je wykazać jako Oprogramowanie Standardowe choćby z uwagi na koszty związane zgodnie z wymaganiem zawartym w pkt 17.3. „Gwarancja – Oprogramowanie Standardowe” SOPZ.

- o nr 335 i 731: „Które elementy Systemu muszą posiadać interfejs Użytkownikaw języku polskim?” Odpowiedź: „Zamawiający wymaga języka polskiego w Oprogramowaniu Dedykowanym oraz platformie e-learningowej. W Oprogramowaniu Standardowym w panelach administracyjnych, Zamawiający dopuszcza możliwość przełączania wersji językowej interfejsu.” oraz „Większość uznanych platform e-learningowych dostarczana jest w formie oprogramowania jako usługi (SaaS) - czy Zamawiający dopuści również takie rozwiązanie?” Odpowiedź: „Tak, Zamawiający dopuści takie rozwiązanie.”

- o nr 732: „Czy w przypadku dostarczenia platformy e-learningowej w modelu SaaS (Software as a Service) dostęp do niej powinien zapewnić na taki sam okres jak gwarancja na oprogramowanie standardowe (3 lata)?” Odpowiedź: „Tak”

Stwierdził, że zamawiający potwierdził, że elementy te powinny być wykazane jako Oprogramowanie Standardowe, choćby z uwagi na koszty związane z wymaganiem z zawartym w pkt 17.3. „Gwarancja – Oprogramowanie Standardowe” SOPZ.

Ad. 3

Odwołujący wskazał, że oprogramowanie standardowe dla swojej pracy wymaga bazy danych, jeśli ma funkcjonować prawidłowo – musi posiadać bazy danych (system bazodanowy).

Podniósł, że brak zaofęrowania oprogramowania bazodanowego sprawia, że zaofęrowane oprogramowanie standardowe jest niekompletne i nie może działać.

Zdaniem odwołującego jego stanowisko potwierdzają także odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców na pytania:

- o nr 44: „Czy w przypadku wykorzystania oprogramowania standardowego typu Open Source wsparcie może być świadczone przez Wykonawcę projektu (o ile jest wymagane przez Zamawiającego)?” Odpowiedź: „Tak”, która potwierdza tylko tyle, iż nawet oferując oprogramowanie typu open source również należało je wykazać jako

Oprogramowanie Standardowe choćby z uwagi na koszty związane zgodnie z wymaganiami z zawartym w pkt 17.3. „Gwarancja – Oprogramowanie Standardowe” SOPZ,
nr 123: „Czy Zamawiający oczekuje dostępu do bazy danych na poziomie pojedynczych rekordów i pól z poziomu modułu Administracja? Czy Zamawiający zaakceptuje dostarczenie konsoli umożliwiającej wykonywanie zapytań SQL w ramach modułu Administracja jako rozwiązanie spełniające wymagania? Czy też Zamawiający oczekuje tworzenia listy i formatów edycji w ramach modułu Administracja dla każdej tabeli znajdującej się w bazie danych?”
Odpowiedź: „Zamawiający oczekuje możliwości modyfikacji rekordów z poziomu modułu Administracja, z zachowaniem pełnej rozliczalności.”, która potwierdza, że nieodzownym elementem oferty powinna być dostawa bazy danych (oprogramowania bazodanowego) jako elementów oprogramowania standardowego.

Ad. 4

Odwolujący podniósł, że nawet jeśli oprogramowanie standardowe oferowane byłoby jako oprogramowanie bezpłatne, na licencjach publicznych (np. GNU/GPL, open source itp.) to nie uzasadnia to niewskazania kosztów realizacji czynności gwarancyjnych z pkt 17.3 SOPZ tj.: WGWOS.01, WGWOS.02 i WGWOS.03.

Na marginesie odwołujący stwierdził, że warunków takich łącznie nie spełnia żadne znane odwołującemu oprogramowanie typu open source.

Podał, że powyższe potwierdza odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 197: „Czy Zamawiający przez „dostęp do aktualizacji Oprogramowania Standardowego” rozumie dostęp do poprawek i patchy w ramach danej wersji oprogramowania czy również prawo po upgrade’u wersji czyli opcje Microsoft Software Assurance?”
Odpowiedź: „Zamawiający wymaga prawa do upgrade’u wersji w czasie trwania wsparcia dla SRB”, z której – według odwołującego – wynika, że bez względu na to czy oferowane oprogramowanie standardowe jest typu open source, tzn. nie ma kosztów jego zakupu, to występują koszty związane z wymaganiami z zawartym w pkt „17.3. Gwarancja — Oprogramowanie Standardowe” SOPZ oraz, że powyższe potwierdza Komunikat Zamawiającego z 8 października 2019 r.

Ad. 5

Odwolujący stwierdził, że zaofertowane przez Nekken w pkt 14 pkt 4 Formularza ofertowego oprogramowanie „Microsoft Windows Server 2019 DataCenter” jest niezgodne z wymaganiami z pkt. 17.3. „Gwarancja – Oprogramowanie Standardowe” SOPZ, zgodnie z którym „Wykonawca zapewni elektroniczny dostęp do informacji na temat posiadanego Oprogramowania Standardowego oraz biuletynów technicznych, poprawek, aktualizacji, nowych wersji Oprogramowania Standardowego.”, ponieważ zaofertowana przez Nekken licencja na „Microsoft Windows Server 2019 DataCenter” nie zawiera prawa dostępu do nowych wersji oprogramowania standardowego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznych nośnikach danych (2 płyty CD) przy piśmie z dnia 1 lutego 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 12 lutego 2021 r., Pisma procesowego Euvic Sp. z o.o., Euvic Solutions S.A., Softiq Sp. z o.o. z dnia 14 lutego 2021 r., stanowiska odwołującego z dnia 12 lutego 2021 r., Pisma procesowego Nekken Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 15 lutego 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępujących, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Natomiast do toczącego się postępowania odwoławczego, z uwagi na datę jego wszczęcia, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), dalej jako „nowa ustawa Pzp”.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 528 nowej ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Zarzut wyboru jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum, podczas gdy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1-3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 i 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. ofertę konsorcjum należało odrzucić, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 i 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W załączniku nr 1 do SIWZ – „Instrukcja korzystania z Platformy przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego” w pkt. 3 – „Instrukcja składania oferty” ppkt 9 i 10 zamawiający podał: „Jeżeli Wykonawca zastrzega w ofercie lub JEDZ informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest on, w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązany wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym celu Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa” oraz „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 – art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.). Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.”

Zamawiający opracował, jako załącznik nr 2 do SIWZ, wzór Formularza ofertowego – oświadczenia” (dalej „Formularz ofertowy”), w którym oczekiwał podania przez wykonawców ceny brutto za wykonanie zamówienia podstawowego w złotych polskich z rozbiem na:

- 1.cenę brutto za wykonanie Fazy I,
- 2.cenę brutto za wykonanie Fazy II,
- 3.cenę brutto za wykonanie Fazy III, w tym cenę szkoleń,
- 4.cenę brutto za wykonanie Fazy IV,
- 5.cenę brutto za wykonanie Fazy V,
- 6.cenę brutto za wykonanie Fazy VI,
- 7.cenę brutto z tytułu realizacji Przedmiotu Umowy w ramach Odbioru Końcowego Systemu,
- 8.cenę brutto za wykonanie Usług Rekonfiguracyjnych i Deweloperskich.

W pkt. 2 Formularza ofertowego wykonawcy mieli złożyć, według opracowanej przez zamawiającego tabeli, oświadczenie co do oferowanych w ramach Fazy II oraz w ramach prawa opcji urządzeń oraz oprogramowania standardowego.

Tabela ujmowała kolumny:

- 1.Liczba porządkowa (od 1-14) – kolumna wypełniona przez zamawiającego we wszystkich pozycjach,
- 2.Element infrastruktury (minimalne wymagania zamawiającego) – kolumna wypełniona przez zamawiającego we

wszystkich pozycjach (1-14),

3. Cena jednostkowa brutto w złotych – kolumna pozostawiona do wypełnienia przez wykonawcę,

4. Liczba sztuk – kolumna wypełniona przez zamawiającego we pozycjach 1-13 oraz pozostawiona do wypełnienia przez wykonawcę w pozycji 14 dotyczącej oprogramowania standardowego; w odniesieniu do pozycji 14 zamawiający zawarł dodatkowy opis: „Ilości oprogramowania standardowego Wykonawca winien zaofertować i wycenić w zależności od rodzaju oferowanego sprzętu.”

5. Łączna wartość brutto jako iloczyn kolumny 2 i 3,

6. Producent/firma i nazwa/model – kolumna pozostawiona do wypełnienia przez wykonawcę.

Termin składania ofert upłynął 9 października o godz. 10.00 (pkt 11 ppkt 1 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego – Druk ZP-PN) [dalej „Protokół”].

Oferty złożyło 11 wykonawców (pkt 12 ppkt 1 Protokołu) w tym pięciu (konsorcjum, Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z Warszawy, konsorcjum, którego liderem jest Atos Polska S.A. z Warszawy, Transition Technologies S.A. z Warszawy) zastrzegło pkt 4 Formularza ofertowego (tabelę) jako tajemnice przedsiębiorstwa, piąty wykonawca (Wasco S.A. z Gliwic) zastrzegł kolumnę 5 tabeli z pkt. 4 Formularza ofertowego (Producent/firma i nazwa/model) [oferty wskazanych wykonawców].

Konsorcjum zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa kolumny 3, 5 i 6 (wg oznaczenia jak wyżej) oraz kolumnę 4 w odniesieniu do pozycji 14, uzasadniając to w odrębnym dokumencie – „Uzasadnienie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa” z dnia 8 października 2020 r.

Pismem z 29 grudnia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty konsorcjum.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Tytułem wstępu skład orzekający Izby zauważył, że choć kwestii zaniechania przez zamawiającego ujawnienia pełnej oferty konsorcjum (z naruszeniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) odwołujący poświęcił w odwołaniu wiele uwagi to postawiony zarzut do zarzut wyboru oferty konsorcjum i zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum nie zaś zarzut zaniechania przez zamawiającego ujawnienia przez zamawiającego nieskutecznie zastrzeżonych przez konsorcjum elementów oferty tegoż konsorcjum.

Powyższa uwaga wstępna poczyniona została z tego względu, iż nawet wykazanie przez odwołującego, że zamawiający z naruszeniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zaniechał ujawnienia pełnej oferty konsorcjum nie może prowadzić do odrzucenia oferty konsorcjum, o czym poniżej.

Bezspornym przy tym było, że zamawiający za skuteczne uznał dokonane przez konsorcjum zastrzeżenie wskazanych przez odwołującego elementów oferty, nie udostępniając ich odwołującemu.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.” oraz „Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.”

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp brzmi zaś: „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.”

Wskazany w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp art. 86 ust. 4 ustawy Pzp brzmi: „Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.”

Przez cenę, zgodnie z definicją legalną (art. 2 pkt 1 ustawy Pzp) „należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915).”

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług przez cenę należy rozumieć „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę” oraz „W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową”

W świetle powyższego stwierdzić należy, że cena, o której mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, uwzględniająca przewidziane prawem podatki. Znajomości przez wykonawców informacji dotyczących cen konkurencyjnych wykonawców nie sposób przecenić, zważywszy na fakt, że cena (koszt) jest obligatoryjnym kryterium oceny ofert każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp).

Informacje dotyczące cen brutto konsorcjum zostały podane przez zamawiającego podczas otwarcia ofert w dniu 9 października 2020 r. o godz. 10¹⁵, co wynika z pkt. 11 i 12 Protokołu postępowania – w poz. 7 w pkt. 12 „Zestawienie ofert” zamawiający podał cenę za wykonanie zamówienia podstawowego w wysokości 7 694 969,72 zł oraz cenę za wykonanie Usług Rekonfiguracyjnych i Deweloperskich w wysokości 615 000 zł.

Obie wskazane ceny brutto (a nadto rozbitcie ceny za wykonanie zamówienia podstawowego na fazy I – VI oraz cenę z tytułu realizacji Przedmiotu Umowy w ramach Odbioru Końcowego), zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem Formularza ofertowego znajdowały się w części 1 tego formularza, która to część nie została przez konsorcjum zastrzeżona i była dla konkurencyjnych wykonawców dostępna.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że konsorcjum nie złamało wynikającego z art. 8 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp zakazu zastrzegania informacji, o których mowa w art. 84 ust. 4 ustawy Pzp.

Przechodząc do zakazu wynikającego z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp, skład orzekający Izby podkreśla, że adresatem tego zakazu jest zamawiający, nie zaś jakkolwiek wykonawca. Kwestia „adresata” normy wyrażonej w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp została oceniona przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. w sprawie skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa sygn. III CZP 74/05.

Ocenę Sądu Najwyższego skład orzekający Izby podziela, uznając za własną. Zgodnie z przywołaną uchwałą SN: „Samo użycie przez ustawodawcę w art. 96 ust. 4 Pzp bezosobowego zwrotu „Nie ujawnia się informacji...nie może wywoływać jakichkolwiek wątpliwości, że adresatem tego zakazu (obowiązku określonego zachowania) jest właśnie zamawiający, bowiem interpretacja podmiotowego zakresu obowiązywania wyrażonej w tym przepisie normy nie może abstrahować od regulacji zawartej w art. 8 ust. 2 PZP. Ponieważ przesłanką aktualizacji zakazu ujawniania informacji jest uprzednie pozytywne przesądzenie, że stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów, do których odsyła ustawodawca w art. 96 ust. 4 PZP, przeto logicznym staje się wniosek, że badanie w przedmiocie wystąpienia tej przesłanki jest obowiązkiem zamawiającego, bowiem pozytywny wynik tego badania przesądzi dopiero o zaktualizowaniu się ustawowego zakazu ujawniania informacji, adresowanego przecież – co wyżej wykazano – do zamawiającego.”

Dla porządku skład orzekający przywołuje art. 96 ust. 4 w brzmieniu z 2002 roku (Dz.U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177), o

którym mowa w ww. uchwale – „*Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.*”

Porównanie brzmienia obecnie obowiązującego art. 8 ust. 3 z ww. art. 96 ust. 4 prowadzi do wniosku, że różnice sprowadzają się do wprowadzenia kolejnego terminu zastrzegania informacji (o termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wprowadzenia oceny przez zamawiającego, czy wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa), co nie wpływa jednak na samą ocenę adresata normy z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp – potencjalnym adresatem zakazu ujawniania informacji („*nie ujawnia się*”) był i jest zamawiający.

Konsekwencją ustalenia, że adresatem normy z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp jest zamawiający jest wniosek, że konsorcjum, jako wykonawca, w ogóle zakazu w przepisie tym wyrażonego nie mogło naruszyć, zaś konsekwencją ustalenia, że konsorcjum nie zastrzegło informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp jest wniosek, że konsorcjum nie dopuściło się naruszenia tegoż przepisu.

Wnioski te są istotne dla oceny naruszenia przez konsorcjum art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, o czym w dalszej części uzasadnienia.

Odnosząc się do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym „*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 1) jest niezgodna z ustawą*”, skład orzekający Izby ponownie za niezbędne uznaje odwołanie się do ww. uchwały, ponieważ Sąd Najwyższy wypowiedział się także w zakresie konsekwencji bezskutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa – „*W razie uznania przez zamawiającego, że zastrzeżone przez oferenta informacje, potwierdzające zarazem spełnienie wymagań wynikających z SIWZ, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc, mówiąc w skrócie, w razie stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności takiego zastrzeżenia, powstaje kwestia określenia konsekwencji takiego stanowiska zamawiającego. Rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga uprzedniego rozważenia, czy objęte bezskutecznym – w rezultacie przeprowadzonego badania – zastrzeżeniem informacje stanowią element oferty, a więc czy stanowią one jej integralną część, co niewątpliwie ma znaczenie przy ocenie dopuszczalności zastosowania art. 89 ust. 1 PZP. (...). Kwalifikacja ta bynajmniej nie rozstrzyga jeszcze o konsekwencjach wynikających z faktu bezskutecznego zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji będących nawet elementem oferty. Zważyć bowiem należy, że wynikającym z art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie tylko takiej oferty, która jest niezgodna z ustawą. Sama okoliczność zamieszczenia w ofercie informacji wynikających z wymagań SIWZ, które następnie zostały negatywnie zweryfikowane przez zamawiającego, jako niestanowiące tajemnicy jego przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w art. 96 ust. 4 PZP, nie może jeszcze automatycznie przesądzać o kwalifikacji takiej oferty jako niezgodnej z ustawą. W ocenie samego oferenta zamieszczone przez niego informacje, w wykonaniu wymagań wynikających z SIWZ, a będące też treścią oferty z mocy art. 82 ust. 3 PZP, stanowiły tajemnicę jego przedsiębiorstwa, z uwzględnieniem stanu wiedzy i świadomości samego oferenta i z pewnością nie mogły świadczyć o niezgodności oferty z ustawą. Późniejsza, nawet negatywna, weryfikacja przez zamawiającego statusu (charakteru) tych informacji, jako niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, nie pozwala na traktowanie całej oferty jako niezgodnej z ustawą. O takiej kwalifikacji oferty nie może bowiem przesądzać subiektywny przecież stan wiedzy i świadomości oferenta odnośnie do charakteru zastrzeżonych w niej informacji, a jedynie obiektywne okoliczności świadczące o niezgodności oferty z ustawą. Wymagałoby to jednak wskazania okoliczności przesądzających o takiej niezgodności.*”

W konsekwencji uznać należy, że negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w art. 96 ust. 4 zd. 1 PZP, zakazu ujawniania, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta, informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesądza przecież o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonania zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.”

W rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie niespornym był fakt, że informacje zastrzeżone przez konsorcjum stanowią integralną część oferty (są ofertą w związku z treścią art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym „*Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia*”).

Wskazana konsekwencja negatywnej weryfikacji przez zamawiającego zastrzeżenia informacji przez wykonawcę w postaci wyłączenia zakazu ujawniania bezzasadnie zastrzeżonych informacji oznacza, że zarzut odwołującego w zakresie dotyczącym zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym „*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*” skład orzekający Izby zauważyła w pierwszej kolejności, że argumentacja odwołującego w tym zakresie ograniczyła się do tego, że oferta odwołującego „*nie odpowiada treści SIWZ, bowiem skoro wyłączenie jawności określonych elementów oferty jest niedopuszczalne w świetle art. 8 ust. 3 (...), to taką ofertę należy traktować jako ofertę niekompletną (tak, jakby utajnionych elementów w ogóle nie podano, zaś oferta taka nie mogłaby być uzupełniona w trybie art. 87 ust. 3 pkt 2*” (str. 15 odwołania trzeci akapit).

Abstrahując nawet od tego, że ustawa Pzp nie zawiera art. 87 ust. 3 pkt 2 (najprawdopodobniej odwołującemu chodziło o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), a także od tego, że odwołujący poprzestał na gólosłownym twierdzeniu, że oferta taka nie mogłaby być uzupełniona w trybie tegoż artykułu, to przede wszystkim odwołujący nie zaprezentował żadnej argumentacji na potwierdzenie, że konsekwencją wyłączenia, nawet „*niedopuszczalnego*” – jak określił to odwołujący – jawności określonych elementów oferty jest traktowanie takiej oferty jako niekompletnej.

Przypomnienia wymagają, że zgodności treści oferty z treścią SIWZ dokonuje zamawiający, dla którego wszystkie elementy oferty wszystkich wykonawców zawsze są jawne (zakaz ujawniania dotyczy wszak innych wykonawców, nigdy zamawiającego). Brak zatem powodów, aby zamawiający pomijał przy ocenie oferty danego wykonawcy jakiegokolwiek elementy ze znanej mu w całości oferty wykonawcy.

Odnosząc się do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp w kontekście art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 i 20 ustawy Pzp, skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący nie zaprezentował w tym zakresie żadnej argumentacji.

Podkreśliło to przystępujące konsorcjum w swoim stanowisku pisemnym, podnosząc, że „*nie jest w stanie odnieść się do tych zarzutów, gdyż nie wie w jaki sposób i jakimi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiający dopuścił się ich naruszenia.*” (str. 8 ostatni akapit).

Skład orzekający Izby uznał zarzut w tym zakresie za gólosłowny, co przesądza o uznaniu, że zarzut ten (we wskazanym zakresie) nie potwierdził się.

Odnosząc się do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, skład orzekający Izby podnosi, że zarzut ten opierał się na błędnym założeniu, że wyłączenie jawności stanowiło naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp tak przez odwołującego, jak i zamawiającego („*żądanie wyłączenia ich jawności stanowiło naruszenie art. 8 ust. 3 (...) zarówno przez Konsorcjum Euvic/Softiq jak i w konsekwencji przez Zamawiającego*” (str. 18 odwołania pkt 4 pierwsze zdanie).

Skład orzekający Izby wskazał uprzednio argumenty, które przesądzą o tym, że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie mógł (zdanie pierwsze) i nie został (zdanie drugie) przez konsorcjum naruszony. Konstatacja ta ma znaczenie z tego względu, iż wskazywał przez odwołującego czynów nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 u.z.n.k. i nieuczciwego uniemożliwienia konkurencji w przetargu publicznym poprzez utajnienie informacji, których utajnienie jest sprzeczne z prawem jako czyn niestypizowany, rekonstruowany w oparciu o klauzulę generalną art. 3 ust. 1 u.z.n.k.), których konsekwencją byłby obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty konsorcjum z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dopuścić się mogło jedynie konsorcjum (wykonawca – przedsiębiorca, nie zamawiający – gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Jak wskazał odwołujący „*Dla uznania, że działanie Konsorcjum Euvic/Softiq stanowi stypizowany czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. spełnione muszą być łącznie także przesłanki klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj. zachowanie przedsiębiorcy musi być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz musi zagrażać lub naruszać interes przedsiębiorcy lub klienta*” (str. 18 odwołania ostatni akapit).

O braku naruszenia przez działanie konsorcjum prawa (wskazywanego przez odwołującego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) skład orzekający Izby już się wypowiedział.

Odpowiedzi wymaga jeszcze pytanie, czy działanie konsorcjum było sprzeczne z dobrymi obyczajami.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący nie wykazał, że działanie konsorcjum było sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Argumentacja odwołującego w tym zakresie została zawarta na str. 19 odwołania (drugi akapit) – „*działaniom tym można z całą pewnością przepisać sprzeczność z dobrymi obyczajami, bowiem nie jest dobrym obyczajem w obrocie gospodarczym uzyskiwanie przewagi rynkowej polegającej na uniemożliwieniu uczestnikom danego postępowania weryfikacji kluczowych elementów oferty konkurenta, w sytuacji, gdy obowiązek taki przewidują przepisy regulujące tryb kontraktowania. W ten sposób, Konsorcjum Euvic/Softiq instrumentalnie wykorzystwała przepis art. 8 ust. 3 (...), niezgodnie z jego przeznaczeniem i uzyskała nieuczciwą przewagę nad konkurentami, przynajmniej w aspekcie weryfikacji kluczowych elementów oferty*”

W ocenie składu orzekającego Izby nie można przypisać wykonawcy naruszenia dobrych obyczajów, poprzez podjęcie działań zmierzających do ochrony informacji stanowiących (wedle oceny samego wykonawcy) tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

W tym miejscu dostrzec należy eksponowany tak przez zamawiającego, jak i przystępujące konsorcjum fakt, że pewne informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegli wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym „*5 ofert posiadało zastrzeżoną część oferty dot. oferowanych urządzeń*” (str. 4 Odpowiedzi na odwołanie pkt II zdanie trzecie).

Po raz kolejny skład orzekający Izby odwołuje się do ww. uchwały, w której Sąd Najwyższy zauważył, że kwalifikacja przez wykonawcę informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest wynikiem „*subiektywnego stanu wiedzy i świadomości oferenta odnośnie do charakteru zastrzeganych informacji*”, podnosząc, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżenie konsorcjum miało inny cel niż ochronę informacji kwalifikowanych przez konsorcjum jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, czy wręcz, że miało na celu wyłącznie uniemożliwienie innym wykonawcom, w tym odwołującemu weryfikację oferty konsorcjum.

Odwołujący błędnie utożsamił negatywne zweryfikowanie przez zamawiającego zastrzeżenia konsorcjum z instrumentalnym, intencjonalnym wykorzystywaniem prawa wykonawcy do zastrzegania informacji poufnych.

Uzupełniając skład orzekający Izby podnosi, że literalna wykładnia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że negatywna weryfikacja przez zamawiającego zastrzeżenia wykonawcy prowadzić może do ujawnienia tak informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i do ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ zamawiający swoją ocenę może opierać wyłącznie na tym „*co wykazał*” wykonawca. O ile więc wykonawca nie poddała obowiązkowi wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (wadliwie dokona zastrzeżenia), zamawiający informacje te ujawnia, choć „*nieudolność*” wykonawcy nie przesądza automatycznie, że zastrzegane informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tym samym brak jest podstaw, aby przyjąć, że zastrzeżenie niektórych elementów oferty konsorcjum miało na celu uniemożliwienie weryfikacji oferty konsorcjum przez konkurentów, a tym samym, że było sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Nie można także pominąć (w kontekście naruszenia interesu odwołującego), że samo zastrzeżenie przez konsorcjum niektórych elementów jego oferty nie oznaczało automatycznie braku możliwości weryfikacji przez odwołującego oferty konsorcjum, ponieważ zastrzeżenie to (jak w każdym innym przypadku zastrzegania informacji przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) jest poddawane obligatoryjnej ocenie zamawiającego. Niewłaściwa ocena zamawiającego podlegać może kontroli wykonawców w drodze środków ochrony prawnej i w konsekwencji prowadzić do ujawnienia informacji z ofert konkurencyjnych wykonawców.

Z powyższych względów skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że zarzut wyboru jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum, na podstawie wskazanych przez odwołującego przepisów nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Nekken, podczas gdy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ofertę tego wykonawcy należało odrzucić, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący oparł zarzut na założeniu, że obowiązkiem wykonawców było wskazanie w Formularzu ofertowym w pkt. 4 w pozycji 14 tabeli „*nie tylko ilości poszczególnych pozycji produktowych Oprogramowania Standardowego, ale także jednoznacznie wskazania wszystkich pozycji Oprogramowania Standardowego, za pomocą którego Wykonawca zamierza zrealizować przedmiot Zamówienia i które obsłuży pełen zakres zdefiniowany w SIWZ w zakresie Oprogramowania Standardowego*” (str. 21 odwołania, zdanie przedostatnie).

Założenie to jest błędne.

Podnieść należy, że brzmienie pkt. 4 Formularza ofertowego, tj. „*W ramach Fazy II oraz w ramach prawa opcji oferujemy dostawę następujących urządzeń oraz programowania standardowego*” oraz opis kolumn tabeli ujętej w pkt. 4 przez zamawiającego w opracowanym przez niego wzorze w ramach Formularza ofertowego nr 2 i nr 4, tj. „*Cena jednostkowa brutto zł*” oraz „*Łączna wartość brutto*” prowadzi do wniosku, że wykonawcy mieli w tabeli wycenić (opis kolumn nr 2 i 4) oferowane urządzenia i oprogramowanie standardowe, podając ich wartość w złotych (w kolumnie 2 wprost wskazano „brutto w zł”, w przypadku zaś kolumny 4, która stanowiła, jak wskazano w samym jej opisie iloczyn

kolumn 2 i 3, tj. cen jednostkowych brutto w zł i liczby sztuk, także chodziło o wartość w złotych – wynika to z nakazu przemnożenia wartości z kolumny 4 wyrażonej w złotych przez liczbę sztuk z kolumny 2).

Skoro musiała to być wartość wyrażona w złotych, to trudno przyjąć, że wartość „0” byłaby wartością wyrażoną w złotych (czy w jakiegokolwiek innej walucie).

To zaś prowadzi w konsekwencji do konstatacji, że – w przypadku oprogramowania standardowego, tj. pozycji 14 tabeli – wykonawcy mieli obowiązek podać tylko takie oprogramowanie standardowe, którego wartość jest możliwa do wyrażenie w złotych.

Skoro na rynku dostępne jest nieodpłatnie oprogramowanie standardowe typu open source to fakt jego zaoferowania przez wykonawcę, w kontekście wymogów tabeli w pkt. 4 pozycja 14 Formularza ofertowego, oznacza, że nie jest to miejsce właściwe dla podania, jakie jest to oprogramowanie.

Stwierdzenie powyższe skłania do zadania pytania, czy w opracowanej przez zamawiającego SIWZ zamawiający przewidział miejsce do wskazania oferowanego oprogramowania standardowego typu open source.

Analiza treści opracowanej przez zamawiającego SIWA prowadzi do wniosku, że zamawiający miejsca takiego w ogóle nie przewidział, poprzestając – w przypadku oprogramowania standardowego typu open source – na oświadczeniu samego wykonawcy o zgodności oferowanego oprogramowania w szczególności typu open source w pkt 6 ppkt 1 Formularza ofertowego, w którym wykonawcy mieli złożyć oświadczenie, w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, o zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z warunkami określonymi w SIWZ.

Oświadczenie takie, w ramach swojego Formularza ofertowego wykonawca Nekken złożył.

Odwołujący ocenę zgodności treści oferty wykonawcy Nekken z treścią SIWZ w zakresie wymogów zamawiającego z pkt. 13.14 Systemu monitoringu, z pkt. 15.5 Platformy e-learningowej; oprogramowania bazodanowego ograniczył do oprogramowania standardowego wskazanego przez Nekken w pozycji 14 tabeli z pkt. 4 Formularza ofertowego, co było błędem, ponieważ wskazane tam oprogramowanie nie musiało stanowić, i jak oświadczył Nekken, nie stanowiło zamkniętego katalogu zaoferowanego oprogramowania standardowego.

Odnosząc się do kwestii kosztów związanych z wymaganiem zawartym w pkt. 17.3. Gwarancja – Oprogramowanie Standardowe”, które – wedle stanowiska odwołującego – wykonawcy, w przypadku oprogramowania standardowego typu open source, mieli obowiązek ująć w pozycji 14 pkt. 4 Formularza ofertowego, skład orzekający Izby podnosi, że odwołujący swojego przeświadczenia w tym zakresie nie poparł wskazaniem jakiegokolwiek postanowienia SIWZ, które by tego wymagało.

Prowadzi to do wniosku, że kwestię miejsca wyceny kosztów związanych z wymaganiem zawartym w pkt. 17.3. Gwarancja – Oprogramowanie Standardowe” zamawiający pozostawił wykonawcom (nie musiał to być pkt 4 poz. 14 Formularza ofertowego).

Podnieść nadto należy, że swoje twierdzenie co do wymogów z pkt. 17.3. (WGWOS.01-WGWOS.03), iż *warunków takich łącznie nie spełnia żadne znane Odwołującemu oprogramowanie typu open source*” (str. 30 odwołania), odwołujący pozostawił gołosłownym.

Dodatkowo skład orzekający Izby uznał, że rację należy przyznać zamawiającemu, który wskazywał, że skoro „Zgodnie z harmonogramem ramowym SOPZ, platformae-learningowa dostarczona zostanie w fazie III realizacji przedmiotu zamówienia”, to „nie ma uzasadnienia, dla którego koszty ewentualnej licencji komercyjnej dla tej platformy powinny zostać ujęte w tabeli pkt 4 formularza ofertowego” (str. 11 Odpowiedzi na odwołanie trzeci akapit).

Odnosząc się do braku w ofercie Nekken dostępu do nowych wersji zaoferowanego oprogramowania standardowego Microsoft Windows Server 2019 DataCenter, skład orzekający Izby, za zamawiającym (str. 13 Odpowiedzi na odwołanie), podnosi, że sama nazwa oprogramowania nie daje podstaw do wniosku o braku zapewnienia przez wykonawcę Nekken dostępu do nowych wersji oprogramowania w ramach usług „pokroju” Software Assurance, które zostały przez zamawiającego dopuszczone.

Podkreślić należy, że ciężarowi dowodu co do prezentowanych twierdzeń, który spoczywał na odwołującym, odwołujący nie sprostął, prezentując argumentację opartą na założeniach, nie znajdujących oparcia w postanowieniach SIWZ.

Skoro w SIWZ zamawiający nie wskazał odrębnego sposobu weryfikacji zgodności treści oferty w zakresie oprogramowania standardowego w szczególności typu open source, przewidując jedynie złożenie oświadczenia o zgodności całego zaoferowanego przedmiotu zamówienia z warunkami SIWZ, to jedynie w taki sposób zamawiający mógł weryfikacji tej, w odniesieniu do tego typu oprogramowania, dokonać.

Skoro, jak wskazano wyżej, wykonawca Nekken oświadczenie z pkt. 6 ppkt 1 Formularza ofertowego złożył, nie sposób uznać, że oferta tego wykonawcy pozostaje, co do oprogramowania standardowego typu open source, niezgodna z treścią SIWZ.

Przesądza to o niezasadności zarzutu zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Nekken z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy Pzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....