

WYROK

z dnia 26 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2022 r. przez wykonawcę GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna nr 13 lok. 1; 65-410 Zielona Góra, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5; 02-591 Warszawa,

przy udziale wykonawcy EDIKO sp. z o.o., ul. Nakielska 3; 01-106 Warszawa,

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 4 odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, udostępnienie odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Ediko sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień RNC wraz z dowodami, wezwanie wykonawcy Ediko sp. z o.o. do złożenia przetłumaczonego na język polski dokumentu złożonego w języku angielskim przez wykonawcę Ediko sp. z o.o.

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania.

3. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze w wysokości 1/3 oraz zamawiającego Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji w wysokości 2/3 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, tytułem

wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na rzecz wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, kwotę 12 400 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych, zero groszy) stanowiącą 2/3 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

sygn. akt: KIO 2688/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług Centralnego Systemu Wydruku wraz z udostępnieniem systemu i urządzeń wielofunkcyjnych, ich instalacją oraz serwisowaniem na okres 36 miesięcy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 lipca 2022 r., pod nr 2022/S 145-414415.

Dnia 29 września 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 10 października 2022 roku, wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 w związku z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Ediko Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa: wyjaśnień RNC wraz z dowodami, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 6 Ustawy przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień w zakresie ujawnionym odwołującemu

wynika,

że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty Ediko sp. z o.o., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Ediko sp. z o.o. nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 Ustawy i nie sprostował obowiązкови wskazanemu w

art. 224 ust. 5 ustawy PZP.

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w warunkach

czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

4. art. 20 ust. 2 ustawy Pzp przez dopuszczenie przez zamawiającego dokumentu w języku angielskim, bez stosownego tłumaczenia na język polski i następnie samodzielne, fragmentaryczne tłumaczenie tego dokumentu przez zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności badania, oceny oraz wyboru ofert,

2) odtajnienie w pełni wszystkich załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Ediko sp. z o.o. i udostępnienie ich odwołującemu,

3) ponowny wybór ofert,

4) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 unieważnienie czynności wyboru ofert i odrzucenie oferty Ediko sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP jako zawierającej rażąco niską cenę i złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

5) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 unieważnienie czynności wyboru ofert i odrzucenie oferty Ediko sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

Aby zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień RNC oraz zarzut nieprawidłowej oceny wyjaśnień RNC, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Ediko sp.

z o.o., był oceniony dopiero po uzyskaniu przez odwołującego dostępu do całości wyjaśnień RNC - zgodnie zarzutem. W związku z powyższym niniejszy zarzut ewentualny odwołujący podnosi jedynie z ostrożności procesowej.

Zdaniem odwołującego zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy powinien brać swój początek w treści wyjaśnień RNC. W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut 1, odwołujący wnosi o nierozpatrywanie zarzutu ewentualnego jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia.

Na obecnym etapie odwołujący nie jest w stanie podjąć pełnej polemiki z treścią wyjaśnień RNC wobec bezprawnego nieudostępnienia pełnej treści tego dokumentu. Dopiero po udostępnieniu bezprawnie utajnionej części wyjaśnień RNC może przedstawić pełną argumentację.

Odwołujący podnosi, iż taka konstrukcja zarzutów jest prawnie dopuszczalna i przepisy ustawy Pzp nie stoją na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnosić zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny (KIO 500/21, KIO 61/22, KIO 3571/21, SO W Warszawie XXIII Zs 43/22).

Odwołujący, aby skutecznie zabezpieczyć swój interes musi podnosić zarzut zaniechania ujawnienia informacji oraz jednocześnie, jako zarzut ewentualny - nieprawidłową ocenę wyjaśnień RNC i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Ediko sp. z o.o. zawierającej RNC. W przeciwnym razie, gdyby zarzut 1 został oddalony, a nie podniesiono by zarzutu ewentualnego - odwołujący utraci możliwość wniesienia odwołania na nieprawidłową wycenę oferty i zaniechanie odrzucenia.

Domniemanie zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Ediko sp. z o.o. powstało na bazie szczątkowo udostępnionych wyjaśnień, samodzielnie zanonimizowanych przez zamawiającego, co budzi zastrzeżenia odwołującego, tym bardziej że sam zamawiający w piśmie z dnia 5 października br. znak BF-WPP-2374-1-15-DT-PN-

BS/2022 wskazał, że: (...) zamawiający podziela Państwa pogląd o nieskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę EDIKO Sp. z o.o. (...). W

dalszej części pisma zamawiający wskazuje, że jest zobligowany do utajnienia dokumentów HP Inc Polska Sp. z o.o. ze względu na treść art. 23 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233).

6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów pzp. Szkoda będzie polegać na tym, iż pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu nie uzyska zamówienia, gdyż zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Ediko sp. z o.o. Działanie zamawiającego wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący wskazał, iż naczelną zasadą zamówień publicznych jest jawność postępowania, każdy wykonawca, który przystępuje do postępowania publicznego musi liczyć się z tym, że podlega on ocenie nie tylko zamawiającego, ale również konkurencji. Zasada ograniczenia jawności nie może być nadużywana i wykorzystywana do celowego ograniczania konkurencji i powinna mieć miejsce tylko w wyjątkowych, określonych

przypadkach. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Należy w tym miejscu zauważyć, że HP Inc Polska Sp. z o.o. nie jest stroną tego postępowania i nie korespondowała w tej sprawie

z zamawiającym. Jeżeli nawet by uznać, że dokumenty udostępnione Ediko sp. z o.o. przez HP zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa to Ediko sp. z o.o. jest zobowiązane do wykazania tego przed zamawiającym i do ochrony tych informacji. Należy domniemywać, że skoro Ediko sp. z o.o. nie uczyniła tego, to miała do tego prawo i zamawiający nie ma prawa sam utajniać informacji niechronionych przez wykonawcę składającego mu ofertę. Dla skutecznego wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wystarczy poprzestać na twierdzeniu, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Do podobnych wniosków doszła Izba w wyroku z dnia 23 lutego br. sygn. akt 290/22 i 291/22.

Zdumiewające jest zatem stanowisko zamawiającego, który mimo wyraźnego potwierdzenia, że za nieskuteczne uznaje utajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników do nich, sam łamie zasadę jawności i transparentności postępowania.

W wyroku z dnia 23 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 846/20 Izba wskazała: W praktyce można zaobserwować, że obejmowanie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, zawartych w ofertach, które co do zasady mają charakter jawny jest często nadużywane przez wykonawców, którzy zastrzegając takie informacje czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Odwołujący pragnie zauważyć, że w niniejszym postępowaniu z takim działaniem mamy do czynienia ze strony zamawiającego co jest nieuzasadnione i nieuprawnione. W innym wyroku z dnia 10 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 3040/20 Izba zauważyła, że to wykonawca ma zadbać o ochronę informacji, które stanowią

w jego opinii tajemnicę przedsiębiorstwa i jeżeli nie podjął nawet próby takiego wykazania, to zamawiający zobowiązany był te informacje ujawnić.

Należy również zauważyć, że uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów do nich załączonych wygasa wraz z upływem czasu na ich złożenie, zatem wszelkie próby wykazywania tego przez wykonawcę na późniejszym etapie nie może zostać uznane za skuteczne (KIO 846/20).

Odwołujący również pragnie zauważyć, że ukryte przez zamawiającego w kalkulacji kosztów informacje dotyczą cen zaoferowanego sprzętu oraz nazw sprzętu i materiałów eksploatacyjnych, co istotne w tym przypadku, nazwy sprzętu są podane w formularzu ofertowym złożonym przez Ediko sp. z o.o. w terminie składania ofert. Takie zachowanie zamawiającego sugeruje, że modele urządzeń wskazane przez Ediko sp. z o.o. w tych załącznikach są inne niż zaoferowane. Tym bardziej zaskakujący jest fakt, że załącznik z kalkulacją nie został zastrzeżony przez Ediko Sp. z o.o., jak również nawet przez HP Inc. Polska Sp. z o.o., a mimo tego zamawiający samodzielnie utajnia część treści tego załącznika.

Uzasadnienie zarzutu ewentualnego opiera się głównie w zakresie nieodtajnionych treści dokumentów na domniemaniach, gdyż tak zdawkowo udostępnione informacje nie pozwalają na pełne uzasadnienie i kompleksowe wykazanie, że oferta Ediko sp. z o.o. zawiera RNC.

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę na dwa istotne elementy, które w wyniku odtajnienia, wzbudziły jego wątpliwości i czynią wyjaśnienia nierzeczywistymi i nierealnymi:

1) wartość podana w załączniku nr 1 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny - koszt finansowania zakupu sprzętu oraz oprogramowania na potrzeby realizacji zamówienia,

Wykonawca Ediko sp. z o.o. w kalkulacji wskazał Koszt finansowania zakupu sprzętu i oprogramowania na poziomie „10,5% w skali 3 lat”. Wartość oprocentowania jest wartością nierealną i nieosiągalną, już ta informacja powinna wzbudzić u zamawiającego wątpliwości. Odwołujący pragnie zauważyć, że koszty finansowania/kredytowania liczy się w oparciu o stawkę referencyjną WIBOR, która na dzień składania ofert wynosiła 7,08% (WIBOR 3m) i 6,95 (WIBOR 1m), zaś na dzień tworzenia kalkulacji RNC 7,15% (WIBOR 3m) i 7,0% (WIBOR 1M) co już ponad dwukrotnie podnosi rzeczywiste koszty finansowania, a przecież do tych kosztów należy doliczyć również kilkuprocentową marżę podmiotu finansującego (min. 3%).

dowód: <https://www.gpwbenchmark.pl/archiwum>

dowód: porównywarka leasingowa skupiająca wiodące firmy finansujące w Polsce
<https://sprawdzleasing.pl/porownywarka->

Dodatkowo odwołujący wskazał, że finansowanie liczy się dla wartości brutto przedmiotu a nie jak wskazała spółka Ediko dla wartości netto. To kolejne zaniżenie kosztów, tym razem o 23%. Tym samym wartość finansowania wskazana przez Ediko została zaniżona 3-4 krotnie. Powyższe uwarunkowania (rzeczywiste i obowiązujące warunki finansowe) czynią ofertę Ediko nierealną w zakresie uzyskania wskazanej w kalkulacji marży. Innymi słowy przy przyjęciu realnych i obowiązujących stawek finansowania oferta Ediko sp. z o.o. okaże się rażąco niska, a kalkulacja wykaże stratę w perspektywie trwania umowy.

Odwołujący podniósł, że w zakresie tej informacji wykonawca Ediko sp. z o.o. nie złożył żadnego dowodu potwierdzającego możliwość sfinansowania zamówienia w ramach kosztów wskazanych w kalkulacji. Przedstawiona przez spółkę Ediko kalkulacja zawiera tak dużo błędów, braków i niewyconionego zakresu, że nie sposób inaczej jej odebrać, jak jawnego wprowadzenia w błąd zamawiającego co do rzeczywistych kosztów kalkulacji, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i naruszenie przepisów o zakazie konkurencji. Należy bowiem zauważyć, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Idąc dalej należy podkreślić, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W przedmiotowej sprawie

mamy do czynienia

z opisywaną wyżej sytuacją.

Odwołujący pragnie zauważyć, że dla pełnej argumentacji postawionych przez siebie tez wymagane jest udostępnienie wszystkich informacji na temat złożonej oferty, o co wnosi jak na wstępie.

2) brak potwierdzenia wysokości cen nabycia sprzętu w wyniku niewykazania ich wartości w przedstawionych dowodach tj. ofercie HP Inc Polska sp. z o.o.

Ediko sp. z o.o. wraz z wyjaśnieniami nie przekazał oferty cenowej jaką otrzymał z HP Inc Polska sp. z o.o., W wyjaśnieniach jasno wykonawca wskazał, że oferta zawarta jest w załączniku nr 2 do wyjaśnień. Tymczasem załącznik ten jest w języku angielskim i nie zawiera, żadnych cen. Z wiedzy odwołującego wynika, że oferta na sprzęt będący przedmiotem niniejszego postępowania wynosi ok 1,4 mln zł.

3) Brak kosztów gwarancji, części zamiennych.

Odwołujący wskazał, iż Ediko sp. z o.o. wskazała w ofercie jedynie koszt godzinowy pracy serwisu. Jednocześnie zostały ujęte koszty materiałów eksploatacyjnych potrzebnych do wydrukowania określonej ilości stron. Nie ma zaś materiałów serwisowych wynikających z przebiegu maszyn i trwałości poszczególnych podzespołów. Brak jest zatem części serwisowych albo rozszerzonej na 3 lata - gwarancji producenta. Zaoferowane przez Ediko urządzenia HP w linii Enterprise charakteryzują się tym, że nie posiadają gwarancji standardowej - konieczne jest wykupienie gwarancji w momencie zakupu na cały kontrakt - w tym przypadku 3 lata. Koszt takiej gwarancji producenta dla pojedynczego urządzenia HP to ok. 40% wartości tego urządzenia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący - po stronie zamawiającego - wykonawca Ediko sp. z o.o., złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu odwołującego wskazał, iż wykonawca Ediko sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkie załączniki dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym załączniki wystawione przez podmioty, które nie ubiegają się

o udzielenie zamówienia i nie złożyły ofert w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj.:

- zał. nr 1 do pisma - kalkulacja kosztów realizacji zamówienia wykonawcy Ediko,
- zał. nr 2 i 2a do pisma - zrzuty ekranów z ustaleń cenowych podmiotu HP Inc Polska sp. z o.o.,
- zał. nr 3, 4 do pisma - zrzuty ekranów z ustaleń cenowych podmiotu Info Technology Supply Ltd.,
- zał. nr 5 do pisma - potwierdzenie otrzymania specjalnych cen podmiotu HP Inc Polska sp. z o.o.,
- zał. nr 6 do pisma - potwierdzenie otrzymania specjalnych cen podmiotu Info Technology Supply Ltd.

Mając na uwadze powyższe zastrzeżenie, zamawiający przekazał odwołującemu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (bez załączników) w dniu 30 września 2022 r., a następnie, po ponownej ocenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający udostępnił odwołującemu trzykrotnie wszystkie załączniki, kolejno w dniach: 3, 4 oraz 5 października 2022 r. Nieujawnione pozostały tylko te elementy załączników nr 1, 2, 2a oraz 5, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa HP Inc Polska sp. z o.o. i których treść zamawiający jest zobowiązany zachować w poufności, mając na uwadze odpowiedzialność karną, wynikającą z postanowień art. 23 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233). Ponadto nie bez znaczenia jest również zobowiązanie członków korpusu służby cywilnej przez ustawodawcę do dochowania tajemnicy ustawowo chronionej, który to obowiązek wynika wprost z dyspozycji art. 76 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 21 listopada 2018 r. o służbie cywilnej (Dz.U. z 2022 r. poz. 1691). Zanonimizowanie - informacje przekształcone w celu ukrycia i uniemożliwienia ujawnienia

informacji ustawowo chronionej - wynika z adnotacji zawartej na wydrukach:

- załączników nr 2 i 2a:

„All information contained in pComm is HP confidential. Customer may only disclose this information for legitimate business purposes such as obtaining financing bids, subcontracting, governmental disclosures, and similar purposes. The use of the information is intended for MINISTERSTWO SPRAW WEWNĘTRZNYCH I ADMINISTRACJI ("Customer") and the HP first-tier reseller ("HP Reseller") who sells to Customer or the HP authorized second-tier reseller selected by Customer ("Customer's Reseller").

These are special negotiated prices and/or discounts extended to the HP Resellers who sell to Customer or Customer's Reseller. These prices are valid for the duration indicated above under order dates. The products are for the internal use of the Customer, and any products not delivered to the Customer for their internal use will not be eligible for the special negotiated prices and/or discounts. HP Resellers must repay all discounts to HP for any product not ultimately delivered to Customer or Customer's Reseller for sale to Customer”.

Tłumaczenie:

„Wszystkie informacje zawarte w PComm są poufne. Klient może ujawniać te informacje wyłącznie w uzasadnionych celach biznesowych, takich jak uzyskiwanie ofert finansowych, podwykonawstwo, ujawnianie informacji rządowych i podobne cele. Wykorzystanie informacji jest przeznaczone dla MINISTERSTWO SPRAW WEWNĘTRZNYCH I ADMINISTRACJI („Klient”) oraz odsprzedawcy pierwszego szczebla HP („Odsprzedawca HP”), który sprzedaje Klientowi lub autoryzowanemu odsprzedawcy drugiego szczebla HP wybranemu przez Klienta („Reseller klienta”).

Są to specjalne wynegocjowane ceny i/lub rabaty rozszerzone na sprzedawców HP, którzy sprzedają Klientowi lub Odsprzedawcy Klienta. Ceny te obowiązują przez okres wskazany powyżej w terminach zamówienia. Produkty przeznaczone są do użytku wewnętrznego Klienta, a wszelkie produkty nie dostarczone Klientowi do ich wewnętrznego użytku nie będą kwalifikowały się do specjalnych wynegocjowanych cen i/lub rabatów. Sprzedawcy HP muszą zwrócić firmie HP wszystkie rabaty za dowolny produkt, który nie został ostatecznie dostarczony Klientowi lub Sprzedawcy Klienta w celu sprzedaży Klientowi.”

- oraz załącznika nr 5:

„Powyższe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa HP Inc Polska sp. z o.o. w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i HP Inc Polska sp. z o.o. nie wyraża zgody na ujawnianie tych informacji osobom trzecim bez uprzedniej pisemnej zgody HP Inc Polska sp. z o.o.”.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podmiot HP Inc Polska sp. z o.o. nie ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie złożył oferty w niniejszym postępowaniu, a tym samym nie jest adresatem normy art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Przekazana w informacji adresowanej do MSWiA tajemnica przedsiębiorstwa HP Inc Polska sp. z o.o. jest informacją prawnie chronioną, której nieuprawnione ujawnienie naraża przedsiębiorcę na szkodę, a zamawiającego i jego pracowników na odpowiedzialność cywilną i karną. Zanonimizowanie załącznika nr 1 w zakresie kosztów zakupu urządzeń HP oraz materiałów eksploatacyjnych do tych urządzeń jest konsekwencją zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przez HP Inc Polska sp. z o.o. Zamawiający za tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje sposób kalkulacji ceny, jak również sposoby produkcji, system sprawdzania jakości, prognozy sprzedaży, system dystrybucji, procedury wewnętrzne, zasady organizacji i zarządzania. Do tajemnicy przedsiębiorstwa zalicza się również tzw. poufne know-how, w tym zarówno tzw. know-how produkcyjne, jak i know-how handlowe - ceny i źródła zaopatrzenia są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dokumenty składane przez wykonawcę Ediko sp. z o.o. w ramach wyjaśnienia RNC zawierały informacje pochodzące od podmiotów kooperujących z nim (nie-wykonawców) - dane liczbowe zaprezentowane w zał. nr 1 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny opierały się o dane pochodzące od innych podmiotów, z którymi wykonawca zaplanował współpracę na etapie realizacji przedsięwzięcia. W tym miejscu podkreślić należy, iż dane dotyczące prowadzonej działalności handlowej, w tym zawarte zasady współpracy z innymi przedsiębiorcami lub klientami (stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu), przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, same w sobie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje takie, w zestawieniu z innymi dostępnymi powszechnie konkurentom, mogą wskazywać na rynki zaopatrzenia wykonawcy, warunki, na jakich pozyskuje zamawiane usługi czy produkty oraz wartość tych świadczeń, co ma bezpośrednie przełożenie na wartość gospodarczą. Co więcej pozyskanie tych informacji przez konkurencję może spowodować,

że firmy konkurencyjne postarają się pozyskać podwykonawców dla realizacji własnych świadczeń i w ten sposób uniemożliwić wykonawcy wykorzystanie uzyskanych przez niego potencjałów. W tym znaczeniu niewątpliwie są to informacje mające znaczenie - wartość gospodarczą. Dokumenty do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, w szczególności wyjaśnienia ceny oferty, zawierają informacje pochodzące od podmiotów kooperujących z wykonawcą,

a zatem obrazują szczegółowo źródła zaopatrzenia (w zakresie prowadzonych prac będących wynikiem wypracowanych specyfikacji technicznych mających wpływ na harmonogram

i możliwość uniknięcia kar a co za tym idzie rozwiązania umowy) i sposobu prowadzenia działalności HP Inc Polska Sp. z o.o.

Reasumując, zamawiający uznał, że wyjaśnienia RNC wraz z dowodami, tzn. dokumenty elektroniczne, przekazywane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zostały przekazane zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia (rozdz. 14. pkt 16. SWZ).

Przystępujący podniósł, iż zasada jawności postępowania, na którą powołuje się odwołujący w żaden sposób nie wyłącza zasady ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Prawo do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa jest ustawowym prawem wykonawcy. Jedynym celem przystępującego szukania ochrony w tym zakresie było zachowanie konkurencyjności na rynku oraz wywiązanie się z zobowiązania do poufności wobec HP Inc Polska Sp. z o.o. Posądzanie przystępującego o uniemożliwienie odwołującemu weryfikacji wypełnienia przez przystępującego wymagań zamawiającego jest nadużyciem, a realia niniejszego przetargu tego twierdzenia nie uzasadniają. Odwołujący dysponuje danymi taką weryfikację umożliwiającymi. Zamawiający odtajnił wyjaśnienia cenowe w całości. Z kolei główny towarzyszący wyjaśnieniom dowód - kalkulację ceny przystępującego ujawnił w większości, w tym co do sum za istotne elementy oferty. Wiedza o cenach jednostkowych, może zatem posłużyć odwołującemu wyłącznie do konkurowania w innych przetargach, dlatego żądanie odwołania nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący podnosi, że dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wypełniając wszystkie przesłanki z art. 18 ust. 3 Pzp, a zatem w przewidzianym terminie wskazał na informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, opisał ich charakter oraz wykazał ich poufność. Dostarczył zatem wszystkich konkretnych umożliwiających zamawiającemu dokonanie weryfikacji w tym przedmiocie. Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień cenowych i załączonych dowodów i zasadnie uznał, że nie podlegają ujawnieniu ceny jednostkowe przystępującego za zaoferowane produkty HP oraz ceny zaoferowane przez producenta stanowiące podstawę dokonanej przez przystępującego kalkulacji. Tym samym przystępujący nie zgadza się z twierdzeniem, że zamawiający naruszył prawo przez zaniechanie odtajnienia w całości (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa: wyjaśnień RNC wraz z dowodami i że przystępujący nieskutecznie zastrzegł dowody przekazane wraz z wyjaśnieniami cenowymi ponieważ informacje zawarte w załącznikach do wyjaśnień nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Prawo nie określa co stanowi „wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa” czy też „uzasadnienie w sposób wystarczający dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”. Nie precyzuje sposobu uzasadniania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa czy środków dowodowych w tym przedmiocie, pozostawiając to uznaniu wykonawcy, z uwzględnieniem realiów konkretnego przetargu, specyfiki zamówienia i specyfiki rynku wykonawców tych zamówień. Uznać należy, że w kwestii tej wszystko może być dowodem, w tym również oświadczenie własne wykonawcy. W zakresie wartości gospodarczej informacji, będzie to najczęściej jedyny możliwy do przeprowadzenia dowód. Niewątpliwie mocny, ponieważ to wykonawca dysponuje wiedzą odnośnie wartości danej informacji. Wiedzą tą również dysponuje odnośnie poufności, natomiast w orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że w tym zakresie możliwe są do przeprowadzenia również inne dowody. W realiach niniejszego postępowania przystępujący w wyjaśnieniach cenowych z dnia 14 września 2022 r. wskazał, na rodzaj zastrzeżonych informacji (wynegocjowane specjalne warunki cenowe producenta), na ich obiektywną wartość (autoryzowany partner handlowy i serwisowy, wieloletnia współpraca z producentem, indywidualnie wynegocjowane warunki) oraz potwierdził te okoliczności dowodem w postaci oświadczenia HP Inc Polska Sp. z o.o. co do charakteru cen, wzajemnej współpracy i poufności. Przystępujący przekazał dowód na okoliczność, że przystępujący i producent HP zobowiązali się do nieujawniania okoliczności dotyczących ustalenia cen dla przystępującego w tym przetargu cyt.: „Działając w Imieniu HP Inc Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Spółkę”), jako oficjalnego przedstawiciela w Polsce producenta sprzętu komputerowego HP, na podstawie posiadanych przez nas informacji niniejszym informujemy, iż firma Ediko Sp. z o.o. jest Autoryzowanym Partnerem HP, któremu zostały przyznane specjalne upusty cenowe na zakup produktów HP w ramach autoryzowanego kanału dystrybucyjnego HP w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia w ramach wyżej wskazanego Postępowania organizowanego przez Zamawiającego.

Powyższe Informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa HP Inc Polska sp. z o.o. w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i HP Inc Polska sp. z o.o. nie wyraża zgody na ujawnianie tych Informacji osobom trzecim bez uprzedniej pisemnej zgody HP Inc Polsko sp. z o.o.”.

Oświadczenie producenta HP nie budziło, żadnych wątpliwości co do poufności wyceny i charakteru relacji umożliwiającej tę wycenę. Wykazanie co do wartości i poufności cen jednostkowych za produkty HP w realiach danego postępowania było wystarczające. Zamawiający był w stanie bowiem w oparciu o te dane dokonać oceny czy w niniejszej

sprawie ma do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa. Konkretnie informacje zawarte w wyjaśnieniach cenowych i dowody załączone do tych wyjaśnień pozwalały na wyprowadzenie logicznego wniosku, że informacje o cenach jednostkowych a de facto o

poziomie upustów jakie jest

w stanie uzyskać przystępujący z uwagi na indywidualną relację z producentem stanowią trwały składnik przedsiębiorstwa przystępującego decydujący o jego konkurencyjności. Wartość gospodarcza jest zatem uchwytana i oczywista na podstawie wyjaśnień cenowych i załączonych dokumentów. Zasadnie przyjął ją również zamawiający.

Przystępujący w tym miejscu podnosi, że bez znaczenia dla wykazania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ma okoliczność czy wykonawca zastrzegając tajemnicę, uzasadnienie tego zastrzeżenia zawarł w oddzielnym piśmie czy zawarł je tak jak w niniejszej sprawie w wyjaśnieniach cenowych. Przystępujący nie przekazał zamawiającemu oddzielnego dokumentu pt. „uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa” ale prawo takich wymogów nie statuuje. Jednocześnie, każda czynność zamawiającego powinna być zgodna z zasadą proporcjonalności a nie z zasadą formalizmu, a zatem zamawiający powinien uwzględnić merytoryczną treść stanowiska wykonawcy (wyjaśnienia i dowody) a nie formę. W tym kontekście nie liczy się również obszerność wywodów na temat tajemnicy przedsiębiorstwa, która często w praktyce sprowadza się do cytowania orzecznictwa tylko rzeczowość. Zatem krótka i konkretna informacja przystępującego w zakresie specyfiki stosunków z producentem, i wyniki takiej współpracy, konkretne ceny jednostkowe za produkty HP, które posłużyła do wyceny przystępującego oraz oświadczenie w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa była wystarczająca dla oceny wartości gospodarczej tych informacji, uwagi właśnie na charakter zastrzeganych informacji. Bez znaczenia pozostaje również to, że przystępujący nie zawarł w wyjaśnieniach cenowych sformułowań, zwykle używanych przez wykonawców takich jak „wartość gospodarcza informacji polega na tym,

że konkurenci mogą te informacje wykorzystać do walki konkurencyjnej na rynku”. Wniosek taki jest logiczną konsekwencją ujawnionych informacji, oczywistą dla każdego. Wniosek taki jest uzasadniony ogólną wiedzą i doświadczeniem życiowym odnośnie tego, że przedmiotem konkurencji na rynku są przede wszystkim możliwe do uzyskania ceny jednostkowe od producentów, a także że wiedza o tych cenach jest wiedzą chronioną przez dysponentów (nie jest wiedzą powszechną i łatwo dostępną). Podsumowując ten wątek, wskazać należy, że informacje ujawnione umożliwiały dokonanie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pod względem wartości gospodarczej przekazanych informacji oraz ich poufnego charakteru. Co istotne wyjaśnienia cenowe oraz dowody ujawniające te informacje zostały odwołującemu ujawnione. Nie doszło zatem do sytuacji, że odwołujący nie wie jaki charakter mają utajnione informacje. Odwołujący twierdził na etapie postępowania przed zamawiającym oraz na obecnym etapie, że informacje o cenach jednostkowych produktów niezbędnych do świadczenia zamawianej usługi co do zasady są jawne i nie są to dane wrażliwe. Twierdzenie to jest bezzasadne, a odwołujący nie przeprowadził w tym przedmiocie żadnego dowodu przeciwko dowodowi przystępującego złożonemu na etapie postępowania przed zamawiającym (klauzuli poufności producenta HP). Twierdzenia odwołującego pozostają wątpliwe również w kontekście wiedzy ogólnej i doświadczenia życiowego. Dowód - na odparcie twierdzenia odwołującego, że ceny jednostkowe producentów co do zasady są jawne i powszechnie dostępne.

W realiach niniejszej sprawy przystępujący przekazał konkretne i merytoryczne informacje uzasadniające zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Wartość gospodarcza utajnionych cen jednostkowych jest oczywista uchwytana i logiczna na podstawie dokonanego przez przystępującego opisu w ramach wyjaśnień cenowych. Trudno zarzucać subiektywne przekonanie przystępującego i HP Inc Polska Sp. z o.o. co do wartości tych informacji, ponieważ ceny jednostkowe producentów i wykonawców są zwykle zastrzegane jako wrażliwe informacje w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący jest również tym wykonawcą, które takie informacje zastrzega jako tajemnica przedsiębiorstwa

w postępowaniach publicznych. Obiektywna wartość gospodarcza tego rodzaju informacji jest niewątpliwa, ponieważ, cena jest głównym przedmiotem konkurencji. Strategiczną wiedzą jest to, co decyduje o poziomie ceny u danego wykonawcy, a ich zachowanie w poufności ma ogromne znaczenie gospodarcze dla każdego wykonawcy działającego na danym rynku. Faktem notoryjnym jest, że głównym zasobem przedsiębiorcy, w tym, który świadczy usługi objęte przedmiotem zamówienia, jest przede wszystkim potencjał kontraktowy, dzięki któremu realizowane są zamówienia na rzecz inwestorów. Bez właściwego, zespołu kontrahentów - przedstawicieli producentów, przedsiębiorca, działający na rynku związanym ze świadczeniem usług objętych niniejszym zamówieniem, nie jest wiarygodny, a przez to nie ma na tym rynku racji bytu. W istocie więc potencjał kontraktowy często decyduje o wartości przedsiębiorcy oraz o jego randze na rynku. A więc,

wiedza o potencjale kontraktowy wykonawcy, wynikającym ze szczegółów oferty cenowej jest tym co niewątpliwie może być wykorzystane do walki konkurencyjnej. Dowód na fakt notoryjny nie jest wymagany zgodnie

z rządzącymi postępowaniem regułami dowodowymi. Odnośnie rygoru wykazania podjęcia działań w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności, to przystępujący wykazał, że uprawniony do rozporządzania tymi informacjami podmiot podjął odpowiednie działania i te działania zostały wykazane dokumentem. Przystępujący uważa, że dowód w postaci klauzuli poufności informacji przekazanych przez HP Inc Polska Sp. z o.o. przystępującemu na potrzeby przedmiotowego przetargu jest wystarczająca do wykazania podjęcia odpowiednich działań. Przystępujący zwraca uwagę na prezentowany w orzecznictwie pogląd, który wskazuje, że rygor wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie oznacza, że wykonawca ma wykazywać poufność tylko w dany konkretny sposób.

Odnosząc się do poszczególnych twierdzeń odwołującego, w pierwszej kolejności przystępujący podnosi, że w żaden sposób nie wspiera stanowiska odwołującego okoliczność, że HP Inc Polska Sp. z o.o. nie jest stroną tego postępowania i nie korespondowała w tej sprawie z zamawiającym. Bezsporny jest fakt, że informacja o cenach producenta dostępnych przystępującemu pochodzi od HP Inc Polska Sp. z o.o. Informacja wytworzona została

w ramach współpracy (partnerstwa) HP Inc Polska Sp. z o.o. i przystępującego. Ujawnione ceny są dostępne wyłącznie przystępującemu, a o ich poziomie zadecydowała m. in. wzajemna współpraca. Wszystkie te okoliczności zostały ujawnione w toku postępowania przed zamawiającym. HP Inc Polska Sp. z o.o. rozporządzając informacją o cenach jednostkowych dla przystępującego zobowiązała przystępującego do poufności. Obowiązek poufności wynika również z umowy partnerskiej pomiędzy przystępującym a HP, jakkolwiek dla niniejszego postępowania przystępujący przekazał dowód, w postaci zobowiązania do poufności udostępnionych informacji dla tego postępowania. Tym samym nieprawdziwe jest twierdzenie odwołującego, że przystępujący nie złożył dowodu potwierdzającego, że podmiot rozporządzający tajemnicą podjął przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przystępujący wraz z cenami zaoferowanymi przez kontrahenta będąc zobowiązany do tego, zastrzegł ich poufność i wskazał na dowód w tym zakresie. Przystępujący jest obowiązany względem HP Inc Polska Sp. z o.o. do zachowania w poufności zaoferowanych cen oraz okoliczności towarzyszących tej ofercie, dlatego dokonał zastrzeżenia w ramach przedmiotowego przetargu. Wykazanie istnienia obowiązku prawnego do zachowania w tajemnicy przekazanych informacji uznać należy za wystarczające. Twierdzenie przeciwne wymaga dowodu, że wbrew ciężącemu obowiązkowi przystępujący ujawnia dostępne mu ceny jednostkowe HP na rynku. Ciężar udowodnienia tego faktu spoczywa na odwołującym, który takiego dowodu nie złożył. Przystępujący wraz z przekazaniem wyjaśnień cenowych zastrzegł informacje zawarte w załącznikach do wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz wykazał charakter przekazanych informacji (w jawnych dla odwołującego wyjaśnieniach) oraz poufność przekazanych informacji (w jawnym, dla odwołującego oświadczeniu przedstawiciela producenta HP). Tym samym w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca nie zastrzegł w przewidzianym terminie tajemnicy przedsiębiorstwa. Również nie mamy do czynienia z sytuacją, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy informacji, które co do zasady są jawne (okoliczność ta jest sporna, o czym była już mowa powyżej), ponieważ ceny jednostkowe producentów i dostawców co do zasady są chronione przez rynek, jako że stanowią główny przedmiot konkurencji. Tym samym wykonawcy zastrzegając poufność tych informacji chronią konkurencyjność swojej firmy. Przystępujący również wskazuje, że przedmiotowa sprawa różni się od tych rozstrzygniętych, na które powołuje się odwołujący tym, że przystępujący nie tylko podjął próby wykazania poufnego charakteru relacji handlowych z przedstawicielem HP, ale więcej złożył dowód na zobowiązanie w tym przedmiocie obu partnerów - Dowód - na odparcie twierdzenia odwołującego, że ceny jednostkowe producentów co do zasady są jawne i powszechnie dostępne.

Dalej, odwołujący twierdzi, że nie każdy dokument złożony w ramach wyjaśnień cenowych pochodzący od producent HP został opatrzony klauzulą poufności i wywodzi z tego nieskuteczne wykazanie tej poufności odnośnie utajnionych cen jednostkowych. Oświadczenie zobowiązujące do poufności w ramach postępowania zostało podpisane w dniu 12 września 2022 r. W swej treści precyzowało, że poufność dotyczy przyznanych upustów cenowych na zakup produktów HP w ramach autoryzowanego kanału dystrybucyjnego HP

w związku z ubieganiem się przedmiotowe zamówienie. Wygenerowane następnie w dniu 14 września 2022 r. z systemu w ramach autoryzowanego kanału dystrybucyjnego HP oferty cenowe producenta zawierały również klauzule poufności (w języku angielskim), jakkolwiek poufność ta wynikała w sposób niewątpliwie z tego wcześniejszego oświadczenia. Przystępujący jeszcze raz w tym miejscu podnosi, że poufność relacji jest wpisana w

program partnerski HP. Oznacza to, że każdy partner HP zobowiązany jest do takiej poufności. Przystępujący w ramach przedmiotowego postępowania nie złożył generalnej umowy jaka wiąże go z HP, tylko (w celach dowodowych) uzyskał oświadczenie w tym przedmiocie na potrzeby danego postępowania, co nie oznacza, że taki sposób wykazywania poufności jest niewystarczający, nieskuteczny i niewiążący. Dokumenty składane przez wykonawcę

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być oceniane kompleksowo oraz zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 16 Pzp, w szczególności z zasadą proporcjonalności. Zamawiający jak najbardziej zasadnie uznał, dokumenty te za wystarczające i niebudzące wątpliwości. Bez znaczenia również jest okoliczność, że zamawiający odtajnił wyjaśnienia cenowe i część załączników, a część informacji pozostawił niejawną, pomimo że przystępujący domagał się utajnienia w całości przekazanych wyjaśnień. Zamawiający nie jest związany zakresem dokonanego zastrzeżenia i może uznać, że tylko część informacji zasługuje na utajnienie. Zamawiający zasadnie uznał, że zasługują na ochronę, informacje o cenach jednostkowych produktów HP oraz o cenach jednostkowych przystępującego skalkulowanych w ofercie. Bez znaczenia dla legalności czynności zamawiającego, pozostaje fakt, że kalkulacja ceny oferty załączona do wyjaśnień w zakresie utajnionym, zawiera również informacje jawne z postępowania (dane z oferty co do zaoferowanych produktów HP). Informacje te zostały przetworzone i opisane w taki sposób, że stanowią całość - zbiór informacji z informacjami niejawnymi. Z jawnych wyjaśnieniach cenowych wynika wprost, jakich produktów HP zaoferowanych w tym przetargów dotyczą wyjaśnienia cenowe i kalkulacja.

Izba wskazuje, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej (w celu obalenia domniemania RNC) powołując się na bogate doświadczenie w branży poparte analizą warunków przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie przystępujący na ostatniej stronie wyjaśnień (4 strona) wskazał, co następuje, cyt.:

„Na potwierdzenie wiarygodności ceny zaoferowanego rozwiązania załączamy kalkulację kosztów realizacji Zamówienia (załącznik do wyjaśnienia nr 1) oraz rzuty ekranów z ustaleń cenowych prowadzonych z dostawcami do przedmiotowego przetargu. Jednakże zastrzegamy, że dołączone do niniejszego wyjaśnienia oraz wszystkie załączniki są tajemnicą przedsiębiorstwa i przedstawiamy je wyłącznie do wglądu Komisji Przetargowej w niniejszym postępowaniu.

Wyżej wymienione informacje, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegają dalszemu udostępnianiu innym podmiotom poza Zamawiającym”.

Jest to cała treść uzasadnienia przystępującego, która miała wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wskazanych przez przystępującego załączników do wyjaśnień.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Złożone przez przystępującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle obowiązujących przepisów Pzp oraz orzecznictwa Izby nie można uznać za skuteczne.

Aby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne, muszą zostać spełnione przesłanki określone w wyżej przytoczonym przepisie, a więc: po pierwsze, informacja musi stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, po drugie wykonawca musi zastrzec, że informacje te nie mogą być udostępnione i po trzecie, wykonawca musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mając na uwadze treść art. 18 ust. 3 Ustawy Pzp, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co oznacza, że muszą spełniać kryteria określone w art. 11 ust. 2 Ustawy o z n k., tj. musi to być informacja:

- o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- która 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,

- co do której podjęto działania mające na celu zachowania tej informacji w poufności.

W ocenie Izby załączniki do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczące elementów cenotwórczych oferty, a zwłaszcza szczegółowa kalkulacja oferty nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Aby uznać daną informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca powinien skutecznie wykazać oraz udowodnić, że podjął działania mające na celu utrzymania tej informacji w poufności. Wymóg ten jest skorelowany z treścią art. 18 ust. 3 Pzp.

Zdaniem Izby, sposób zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego, a w szczególności uzasadnienie przedmiotowego zastrzeżenia, jest całkowicie gołosłowne i sztampowe, nie odnosi się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Jednozdaniowe zastrzeżenie, które nie koreluje z informacjami jakie są zastrzegane w kontekście wyjątkowego charakteru jakim charakteryzuje się wyłączenie jawności dokumentów nie może zostać uznane za prawidłowe.

Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania wymagający ścisłej interpretacji. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowało się stanowisko, że wymóg wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oznacza, że nie składając wyjaśnień, a także w niezbędnym zakresie stosownych dowodów wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z ochrony informacji, które uprzednio, poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 ZNKU (wyrok KIO z 28.4.2016 r., sygn. akt KIO 545/16, KIO 563/16, oraz z 3.4.2015 r., sygn. akt KIO 561/15, z 28.8.2015 r., sygn. akt KIO 1730/15).

Z powyższego wynika, że zamawiający powinien dokładanie przeanalizować skuteczność zastrzeżenia, oraz tego czy wykonawca wykazał w świetle art. 11 ust. 2 uznk zasadność utajnienia. Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. W sytuacji, gdy wykonawca w konkretny i weryfikowalny sposób nie wykazał spełniania przesłanek ochrony tajemnicy oraz nie przedstawił koniecznych dowodów - to zamawiający w trakcie oceny ofert powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom.

Niedopuszczalne, w ocenie Izby, jest dokonywanie przez zamawiającego samodzielnego wyłączenia jawności zastrzeganych dokumentów i ich treści, co zdaje się w przedmiotowym postępowaniu czyni zamawiający. Z punktu widzenia obowiązujących przepisów niedopuszczalne jest wyłączenie wykonawcy przez zamawiającego w uzasadnieniu zastrzeżenia TP określonych dokumentów. Wykonawca (przystępujący) jako posiadacz i dysponent określonych dokumentów winien dołożyć należytej staranności w wykazaniu po pierwsze jakie konkretnie dokumenty zastrzega (niewskazywanie wszystkich dokumentów ad hoc) oraz po drugie, jakie zawierają one treści istotne z punktu widzenia wykonawcy, które na taką ochronę zasługują.

Zarówno zamawiający jak i przystępujący próbują następnie wykazywać, że zasadność zastrzeżenia określonych dokumentów wynika z oświadczeń zawartych w dokumentach HP Inc Polska sp. z o.o. Wskazać jednak należy, iż czym innym, a co za tym idzie inny skutek prawny, wywołują oświadczenia składane przez producenta sprzętu, a czym innym jest obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia TP przez wykonawcę (przystępującego). Przystępujący twierdzi jedynie, że ma zawartą umowę współpracy z ww. podmiotem, jednak umowy tej jako dowodu nie powołuje, poprzestając na oświadczeniu. Z treści załącznika nr 5 do składanych wyjaśnień wynika, że firma HP Inc Polska sp. z o.o. zastrzegła poufność informacji jedynie w zakresie treści, która wynika bezpośrednio z tego załącznika (oświadczenia), a która to treść de facto odnosi się do sposobu dystrybucji sprzętu a nie cen oferowanych przez przystępującego. Jednocześnie, w związku z brakiem tłumaczenia na język polski dokumentów stanowiących załączniki nr 2 i 2a do wyjaśnień, które to tłumaczenia winien złożyć przystępujący (o czym więcej w zakresie zarzutu nr 4), Izba nie wzięła pod uwagę oświadczeń tam zawartych. Z daleko posuniętej ostrożności, przyjmując, że treść składanych tam oświadczeń zgodna jest z tłumaczeniem zamawiającego, to wskazać należy,

iż oświadczenia te cyt.: „Wykorzystanie informacji jest przeznaczone dla MINISTERSTWO

SPRAW WEWNĘTRZNYCH I ADMINISTRACJI („Klient”) oraz odsprzedawcy pierwszego szerebła HP („Odsprzedawca HP”), który sprzedaje Klientowi lub autoryzowanemu odsprzedawcy drugiego szerebła HP wybranemu przez Klienta („Reseller klienta”), są oświadczeniami standardowymi, stosowanymi dla wielu podmiotów (klientów) i pośredników w kanale dystrybucji (odsprzedawców). Z treści tych oświadczeń nie wynika, że bezpośrednio zobowiązują one przystępującego do utrzymania informacji w poufności o czym stanowi pierwsze zdanie ww. oświadczenia, cyt.: „Klient może ujawniać te informacje wyłącznie

w uzasadnionych celach biznesowych, takich jak uzyskiwanie ofert finansowych, podwykonawstwo, ujawnianie informacji rządowych i podobne cele”, co oznacza, że firma HP Inc Polska sp. z o.o. dopuszcza możliwość ujawniania informacji np. w uzasadnionych celach biznesowych, które jak się wydaje występują w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, którego celem jest uzyskanie przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty.

Jak wskazuje orzecznictwo, przykładowo:

- a) wyrok z dnia 20 kwietnia 2022 r. KIO 880/22 „Dla uznania, iż wykonawca wykazał w rozumieniu art. 18 ust. 3 p.z.p., że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest wystarczające złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienie ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie złożenia dowodów potwierdzających, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym bardziej nie można więc uznać, iż wykonawca wykazał, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy wykonawca nie przedstawi jakichkolwiek twierdzeń w tym zakresie”,
- b) wyrok z dnia 7 kwietnia 2022 r. KIO 764/22 „Z treści art. 18 ust. 3 p.z.p. wynika, że jeśli wykonawca zamierza zastrzec określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, to ciężar na nim wszystkie obowiązki wynikające z wykazania zasadności tego zastrzeżenia. Rolą zamawiającego jest w tej sytuacji wyłącznie ocena sposobu i zasadności tego zastrzeżenia - zamawiający nie jest uprawniony czy obowiązany do oceny tego, które informacje stanowią rzeczywistą tajemnicę wykonawcy i obiektywnie spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Skoro Odwołujący w niedostateczny sposób wykazał zasadność zastrzeżenia informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, to obowiązkiem Zamawiającego było odtajnienie tych informacji, a nie ich ocena”,
- c) wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., KIO 260/19 „Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Oświadczenie przedstawiciela firmy HP Inc Polska sp. z o.o. złożone na rozprawie przez przystępującego jako dowód w sprawie, ocenić należało w ten sposób, że po pierwsze nie jest wiadomym, nie wynika z treści tego dokumentu, że został on wystawiony (oświadczenie złożone) dla przystępującego, po drugie, jeżeli oświadczenie to zostało złożone dla przystępującego - to jest to dowód spóźniony, winien być złożony wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Rekapituluując stwierdzić należało, iż przystępujący nie wykazał, w tym nie udowodnił skuteczności poczynionego zastrzeżenia, tym samym zarzut odwołania należało uznać za zasadny.

Zarzut nr 2.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania z uwagi na jego bezprzedmiotowość, gdyż odwołujący w treści odwołania wskazał, iż zarzut nr 2 należy traktować jako zarzut ewentualny podlegający rozpoznaniu jedynie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1. Z uwagi na fakt, iż Izba uwzględniła zarzut nr 1, bez merytorycznego rozpoznania pozostawiła zarzut nr 2 - umarzając w tym zakresie postępowanie odwoławcze.

Zarzut nr 3.

Zamawiający, odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania podniósł, iż zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami nieuczciwej

konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi. Różnice cenowe pomiędzy ofertą odwołującego a ofertą przystępującego nie oznaczają same przez się, że przystępujący rozpowszechnia nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd wiadomości w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody oraz oferuje urządzenia oraz oprogramowanie poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał okoliczności, które przesądzałyby o popełnieniu przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, zgodnie z orzeczeniem Izby w wyroku KIO 2440/18, czyn ten musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej, a odwołujący nie udowodnił, że czyn ten został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Nie wykazano również z jakimi dobrymi obyczajami były sprzeczne działania podjęte przez przystępującego. Konkurencja ceną

wpisuje się

w strategię prowadzenia działalności gospodarczej przez podmiot profesjonalnie zajmujący się działalnością w określonej branży. „Zoptymalizowanie” kosztów realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi o nieuprawnionym działaniu ze strony przystępującego. Wykonawca podjął kroki, które uważał za konieczne, aby uzyskać zamówienie, nie naruszając swoim postępowaniem sytuacji innych wykonawców, którzy to zamówienie chcieli uzyskać. W ocenie zamawiającego odwołujący nie wykazał okoliczności potwierdzających, że złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący wskazał, iż stawiany zarzut powinien być oddalony już choćby z przyczyn formalnych. Odwołujący nie opisał bowiem okoliczności faktycznych, które uzasadniają wskazaną kwalifikację prawną. Jakkolwiek, mając na uwadze obowiązek strony odniesienia się do okoliczności faktycznych odwołania, to przystępujący podnosi, że kalkulacja przystępującego nie zawiera błędów, braków i niewycenionego zakresu. Przystępujący nie wprowadził, wbrew gołosłownemu twierdzeniu odwołania w błąd zamawiającego co do rzeczywistych kosztów kalkulacji. Przystępujący złożył atrakcyjną cenowo ofertę, za którą stoi w głównej mierze know-how przystępującego i jego potencjał kontraktowy. Przystępujący udowodnił koszty sprzętu niezbędnego do świadczenia usługi będącej przedmiotem postępowania. Przedmiotem postępowania nie była zatem dostawa tego sprzętu, ale usługa świadczona z jego wykorzystaniem spełniająca wymagania zawarte w SWZ.

Izba uznała zarzut za bezzasadny. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał spełnienia łącznie przesłanek ustawowych warunkujących uznanie danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie, wystąpienie w ofercie wykonawcy rażąco niskiej ceny nie może być więc traktowane automatycznie jako złożenie jej w warunkach nieuczciwej konkurencji. Świadczy o tym chociażby przewidzenie w Prawie zamówień publicznych odrębnych przesłanek odrzucenia oferty z tych tytułów, tj. art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. (oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia) oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. (oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji) (A. G.B. i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz). Nie każda sprzedaż towarów czy usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia będzie stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji: do zakwalifikowania jako czyn nieuczciwej konkurencji nie wystarczy jednak wykazanie sprzedaży poniżej kosztów własnych. Aby móc uznać takie działanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 u.z.n.k., należy wykazać m.in., że jest ono podejmowane w celu wyeliminowania innego przedsiębiorcy z rynku (zajęcia jego miejsca), stworzenia sobie warunków umożliwiających dyktowanie cen lub innych warunków umów oraz że działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślną. Uznanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (sprzedaży ze stratą) za czyn nieuczciwej konkurencji musi być traktowane jako rozważanie wyjątkowe, w szczególności, jeżeli weźmie się pod uwagę swobodę ustalania i różnicowania cen w gospodarce wolnorynkowej (A. G.B.

i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz).

W ocenie Izby, w przypadku oferty przystępującego nie może być mowy o jakimkolwiek manipulowaniu ceną, w konsekwencji nie sposób stwierdzić, aby działania przystępującego miały na celu wyeliminowanie z rynku któregośkolwiek z wykonawców czy też zaburzenie konkurencji. Zróżnicowanie rynku świadczy o funkcjonowaniu i wystąpieniu w niniejszym postępowaniu konkurencji.

Zarzut nr 4.

Zamawiający podniósł, iż zgodnie z treścią art. 11 ustawy o języku polskim wymóg przetłumaczenia na język polski nie dotyczy m.in.:

- nazw własnych,
- programów komputerowych, z wyjątkiem ich opisów i instrukcji,
- zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej,
- znaków towarowych, nazw handlowych oraz oznaczeń pochodzenia towarów i usług.

Przystępujący do wyjaśnień rażąco niskiej ceny załączył zrzuty ekranów z ustaleń

cenowych podmiotu HP Inc Polska sp. z o.o. (zał. nr 2 i 2a do pisma) w języku angielskim. Są to głównie informacje przedstawione w formie tabelarycznej, zawierające oznaczenia producenta oraz ceny, które ze swej istoty nie mogą być tłumaczone. Wydruki komputerowe z ustaleń cenowych nie są dokumentami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zostały przedstawione jako potwierdzenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty przystępującego, a nie jako przedmiotowe środki dowodowe, do których złożenia wykonawcy nie byli zobowiązani w SWZ. Do katalogu dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zaliczyć dokumenty wymienione w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii

z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), tj. dokumenty wymagane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, na podstawie art. 506 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający przedstawił powyżej tłumaczenie treści informacji w języku angielskim na język polski.

Przystępujący wskazał, iż zamawiający nie naruszył ustawy przez dopuszczenie dokumentu w języku angielskim, bez stosownego tłumaczenia na język polski. Taki dokumenty został zamawiającemu złożony i zamawiający nie ma podstawy prawnej by

dokumenty składane w ramach postępowania przez wykonawcę zwracać. Istotne w tej sprawie było to,

że dowodem realności ceny były wyjaśnienia przystępującego i kalkulacja przystępującego ceny oferty. Dokumenty te zostały sporządzone w języku polskim. Podstawę przyjęcia do kalkulacji ceny oferty cen jednostkowych poszczególnych zaoferowanych produktów HP, były ceny specjalne zaoferowane przez producenta, które zostały wygenerowane z systemu, który jest prowadzony w języku angielskim. Oferta cenowa producenta po angielsku jest tylko potwierdzeniem wielkości przyjętych do kalkulacji, a tym dowodem jest kalkulacja wykonawcy, ta została sporządzona w języku polskim. Bez znaczenia jest zatem sporządzenie dokumentu HP po angielsku. Nawet jeżeli można mówić o jakimś uchybieniu w tym zakresie, chociaż zdaniem przystępującego takie postępowanie w ramach wyjaśnień cenowych było dopuszczalne, to nie ma to żadnego znaczenia dla wyniku postępowania. To co istotne

w kwestionowanym dokumencie jest dla wszystkich zrozumiałe i nie uniemożliwiło zamawiającemu weryfikację danych. Zaoferowane nazwy i modele produktów HP stanowią nazwy oryginalne i nie są tłumaczone na język polski. Podobnie z cenami. Język angielski jest powszechnie używany w obrocie gospodarczym w Polsce i nie tylko w obrocie gospodarczym. Na marginesie przystępujący wskazuje, że jeżeli zamawiający miał wątpliwości to mógł tę kwestię wyjaśnić, czy też dokument uzupełnić. Przedmiotowy dokument nie mógł jednak zdaniem przystępującego budzić wątpliwości zamawiającego w kontekście wyjaśnień cenowych z powodu sporządzenia go w języku angielskim.

Zdaniem Izby, zarzut odwołującego jest zasadny.

Zgodnie z przepisem art. 20 ust. 2 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim.

Zgodnie z brzmieniem pkt 17 str. 31 SWZ Podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski.

Skoro zatem przepisy ustawy Pzp oraz sporządzonej przez zamawiającego SWZ wprost wskazują, jak należy się zachować w przypadku składania dokumentów w języku obcym, to zaniechanie zamawiającego w tym względzie należy ocenić negatywnie. Niedopuszczalne jest w ocenie Izby, zastępcze tłumaczenie dokumentów przez zamawiającego w sytuacji, gdy na treść tych dokumentów powołuje się wykonawca. Skoro bowiem wykonawca składa dokumenty w języku obcym (bez tłumaczenia na język polski), które dotyczą istotnych elementów prowadzonego postępowania, gdyż z jednej strony odnoszą się do wyjaśnień w zakresie RNC, a z drugiej strony mogą dotyczyć skuteczności zastrzeżenia TP określonych treści, to wyłącznie na wykonawcy spoczywa obowiązek odpowiedniego ich przetłumaczenia, gdyż to wykonawca jako dysponent tych dokumentów zna kontekst sytuacyjny ich powoływania, a co za tym idzie jest w posiadaniu pełnej wiedzy, jak określone stwierdzenia należy odczytywać. Brak złożenia przez wykonawcę odpowiedniego tłumaczenia może mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający może nie mieć pełnej wiedzy co do rozumienia treści przekazywanych informacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: