Sygn. akt: KIO 708/23

WYROK

z dnia 31 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2023 r. przez wykonawcę Suntar sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Tuchów,

przy udziale wykonawcy INET sp. z o.o. z siedzibą w Kolbuszowej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutu z pkt V lit. a petitum odwołania w zakresie programu do zarządzania IT – Axence nVision w związku z jego wycofaniem przez odwołującego.

2. Uwzględnia zarzut z pkt V lit. b petitum odwołania i nakazuje zamawiającemu:

2.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach części 1;

2.2. udostępnienie wyjaśnień ceny rażąco niskiej wykonawcy INET sp. z o.o. z sie

dzibą w Kolbuszowej wraz z załącznikami nr 1, 2, 3, 6, 8 i 9 z uwagi na ich bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa;

2.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża po ½ odwołującego – Suntar sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz zamawiającego – Gminę Tuchów i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez

odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych 00/100) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 696,90 zł (słownie: sześćset dziewięćdziesiąt sześć złotych 90/100) z tytułu kosztów związanych z dojazdem zamawiającego na rozprawę;

4.2. zasądza od zamawiającego – Gminy Tuchów na rzecz odwołującego – Suntar sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie kwotę 3 401,55 zł (słownie: trzy tysiące czterysta jeden złotych 55/100).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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 708/23

Uzasadnienie

Gmina Tuchów (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „Projekt grantowy e-Tuchów w ramach projektu „Cyfrowa gmina"" (Numer referencyjny: ZP – 271- 1/2023, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 19 stycznia 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00045534/01.

Pismem z dnia 8 marca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku Postępowania w zakresie części nr 1.

13 marca 2023 r. wykonawca Suntar sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Odwołujący" oraz „Suntar") wniósł odwołanie wobec wyboru oferty wykonawcy INET sp. z o.o. z siedzibą w Kolbuszowej (dalej: „Inet") jako najkorzystniejszej w części nr 1 Postępowania oraz zaniechania odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Inet, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w części nr 1;

2) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k.") poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz dowodach załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Inet w zakresie części nr 1.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 1;

2) dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym:

a) dokonanie odrzucenia oferty Inet w części nr 1, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

b) dokonanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów załączonych do wyjaśnień złożonych przez Inet w części nr 1.

Odnosząc się do zarzutu z pkt V lit. a petitum odwołania Suntar podniósł, że za niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") uznawana jest sytuacja, w której wykonawca nie składa oświadczenia w zakresie wymaganego parametru, tak jak ma to miejsce w przypadku oferty wykonawcy Inet. Brak wskazanie wymaganej informacji powoduje, iż Zamawiający na obecnym etapie nie jest w stanie nawet ocenić co jest przedmiotem oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami w SWZ Gmina Tuchów wymagała wskazania w tabelach w ramach formularza ofertowego (4 kolumna) następujących informacji:

- Marka,
- Model,
- Nazwa oprogramowania.

Odwołujący podkreślił, że nie może przy tym ulegać wątpliwości, że wymagane informacje mają pozwolić na identyfikację tego co zostało zaoferowane. Suntar zaznaczył przy tym, iż nawet bez wskazania takich wymagań przez Zamawiającego, profesjonalista na rynku zamówień publicznych musi zdawać sobie sprawę, że oświadczenie woli musi wyrażać konkretny przedmiot złożonej oferty.

Zdaniem Odwołującego analiza oferty wykonawcy Inet wskazuje, że wykonawca ten nie sprecyzował swojej oferty w następującym zakresie:

- System operacyjny do zarządzania pracą w sieci lokalnej – Windows Server 2022 (bez wskazania pełnej nazwy oprogramowania – Windows Server 2022 Datacenter, Windows Server 2022 Standard, Windows Server 2022 Essentials). Co istotne wersja Essentials nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w OPZ i jest licencją tańszą niż licencje spełniające wymagania Zamawiającego. Jednocześnie nie wskazano marki – producenta oprogramowania. Na obecnym etapie Zamawiający nie wie jakie oprogramowania otrzyma a braku tego nie można w żaden sposób sanować bowiem informacja ta musiała być wskazać w momencie składania oferty.

- Program do archiwizacji danych – Backup Exec (bez wskazania marki – producenta oprogramowania). Brak skonkretyzowania oferty w tym zakresie powoduje, że Zamawiający nie wie jakie oprogramowania otrzyma a braku tego nie można w żaden sposób sanować bowiem informacja ta musiała być wskazać w momencie składania oferty.

- Program do zarządzania IT – Axence nVision wskazane oprogramowanie jest oprogramowaniem nieistniejącym, tj. niewystępującym w ofercie producenta Axence. Oświadczenie woli w tym zakresie jest więc nieważne z uwagi na zaoferowanie rozwiązania nieistniejącego w momencie składania ofert.

Mając na uwadze powyższe – w ocenie Odwołującego – oferta Inet winna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu z pkt V lit. b petitum odwołania Suntar wskazał, że czynność Zamawiającego polegająca na braku udostępnienia pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz dokumentów dołączonych do wyjaśnień (wskazania również tytułów załączników), a tym samym uznaniu zastrzeżenia ustanowionego przez Inet jako uzasadnionego, stoi w sprzeczności z zasadą jawności i ustawowymi wyjątkami od tej zasady, wskazanymi w prawie. Odwołujący podkreślił, że należy uwzględnić, iż podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawność postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi wyjątek i jako taki winien być on stosowany ściśle. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do u.z.n.k. Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. 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. Informację można zatem uznać za chronioną na podstawie przepisów u.z.n.k. wówczas, jeśli spełnione są wszystkie trzy wyżej wymienione warunki łącznie. Jest to warunek konieczny dla skutecznego zastrzeżenia jej na podstawie art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Suntar zaznaczył, że stwierdzenie przez Zamawiającego istnienia przesłanek uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogło opierać się wyłącznie na przekonaniu danego przedsiębiorcy (Inet) i uznaniu złożonego uzasadnienia za zdanie własne, lecz wymagało odwołania się do obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okolicznościach faktycznych konkretnej sprawy, w szczególności elementów wskazanych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Inet. Kolejno Odwołujący podniósł, że ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa podlega konkretna wskazana informacja, nie zaś dokument, w którym taka informacja się znajduje. Wykonawca Inet w ogóle nie sprecyzował jakie informacje utajnia, wskazując, iż utajnia całe złożone

wyjaśnienia wraz z wszystkimi załącznikami. W ocenie Suntar takie zastrzeżenie jest nieskuteczne bowiem należałoby sprecyzować, czy utajnieniu podlega np. nazwa podmiotów współpracujących, zaoferowane ceny, sposób realizacji przedmiotu umowy, wyjątkowe warunki realizacji itd. W tym kontekście można jednoznacznie wskazać, iż nie istnieją takie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w których każde słowo stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak sprecyzowania zakresu utajnianych informacji powoduje, że nie wykazano przesłanek objęcia takich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa bowiem wszystkie przesłanki powinny być wykazane odrębnie dla każdej informacji. Co więcej zdaniem Odwołującego w sposób bezpodstawny objęto tajemnicą dowody, które miały rzekomo potwierdzać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – do takich dokumentów w ogóle nie przedłożono uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Suntar podniósł, że Inet w żaden sposób nie wykazał charakteru informacji, ani tym bardziej wartości zastrzeżonych informacji. Inet w żaden sposób nawet nie uzasadnił dlaczego zapoznanie się innych wykonawców ze złożonymi wyjaśnieniami spowodowałoby szkodę po stronie Inet. Wszystkie sztampowe wyjaśnienia wskazują na rzekomą wartość know-how wykonawcy, tylko w takim celu, aby uniemożliwić innym wykonawcą kwestionowanie zaniechania odrzucenia takiej oferty. Ponadto Odwołujący podniósł, że analogicznie brak jest podstaw do uznania jako tajemnicy przedsiębiorstwa dowodów załączonych do wyjaśnień, o ile jakiekolwiek dowody zostały przez Inet złożone.

24 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego 27 marca 2023 r. Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzutu z pkt V lit. a petitum odwołania w zakresie programu do zarządzania IT – Axence nVision.

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

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

Izba 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.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca INET sp. z o.o. z siedzibą w Kolbuszowej (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem II ust. 1 pkt 1.1. SWZ „Przedmiotem zamówienia są dostawy dotyczące zadania pn. Projekt grantowy e-Tuchów w ramach projektu „Cyfrowa gmina"".

W tabeli pn. „Tabelaryczne zestawienie cenowe według etapów realizacji zamówienia, Etap 1 – Dostawa sprzętu serwerowego i oprogramowania" znajdującej się w Formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ Gmina Tuchów zawarła kolumnę „Nazwa" (kolumna druga) oraz kolumnę „Marka/Model/Nazwa oprogramowania" (kolumna czwarta).

Przystępujący dla poz. nr 8 „System operacyjny do zarządzania pracą w sieci lokalnej" w kolumnie „Marka/Model/Nazwa oprogramowania", znajdującej się w wyżej wymienione tabeli, wpisał „Windows Server 2022", natomiast w odniesieniu do poz. nr 10 „Program do archiwizacji danych" – „Backup Exec". Ponadto w Formularzu ofertowym wykonawca Inet oświadczył, co następuje: „(…) 2) oferowana kwota uwzględnia cenę wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją zamówienia, opisem przedmiotu zamówienia, audytami energetycznymi, projektowanymi postanowieniami umowy, warunkami określonymi w SWZ oraz pozostałymi załącznikami do SWZ, 3) zapoznaliśmy się z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz projektowanymi postawieniami umowy i nie wnosimy żadnych zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje potrzebne do właściwego wykonania zamówienia, 4) zawarte w specyfikacji

warunków zamówienia projektowane postanowienia umowy zostały przez nas zaakceptowane i zobowiązujemy się w przypadku wybrania naszej oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego (…)". Do Formularza ofertowego wykonawca Inet dołączył podpisany Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 4 do SWZ).

W § 1 ust. 8 Projektu umowy do części 1 (Załącznik nr 3a do SWZ) (dalej: „PU") Zamawiający zawarł definicję „Systemu" określając go jako całość sprzętu i oprogramowania składająca się na przedmiot umowy.

Stosownie do treści § 2 ust. 1, 5 i 6 PU „1. Przedmiotem Umowy jest dostawa i wdrożenie infrastruktury serwerowej oraz oprogramowania systemowego wraz z przeprowadzeniem szkoleń dla pracowników Urzędu Miejskiego w Tuchowie, która jest realizowana w ramach projektu grantowego e-Tuchów w ramach projektu „Cyfrowa Gmina". Szczegółowy zakres przedmiotu Umowy określony został w SWZ, a w szczególności w SOPZ. 5. Wykonawca oświadcza, że jest świadomy, że celem Zamawiającego jest otrzymanie produktu w postaci wdrożonego, w pełni funkcjonalnego Systemu i oświadcza, że wykona taki produkt. 6. Sprzęt oraz pozostałe elementy infrastruktury dostarczane w ramach Umowy muszą być prawidłowo dobrane dla realizacji celu któremu mają służyć, być fabrycznie nowe, nieużywane, nieuszkodzone, nieobciążone prawami osób trzecich oraz nieeksponowane na wystawach lub imprezach targowych, sprawne technicznie, bezpieczne, kompletne i gotowe do pracy, a także spełniające normy bezpieczeństwa i wymagania techniczno-funkcjonalne zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ".

Z kolei zgodnie z § 5 ust. 2-4 PU „2. O gotowości do odbioru poszczególnych Etapów przedmiotu Umowy lub ich części Wykonawca powiadamiać będzie Zamawiającego, który w terminie 5 dni roboczych od otrzymania powiadomienia jest zobowiązany do przeprowadzenia weryfikacji przedmiotu odbioru. Weryfikacja zostanie przeprowadzona wspólnie przez przedstawicieli Wykonawcy i przedstawicieli Zamawiającego. 3. W przypadku pomyślnego wyniku weryfikacji lub testów wstępnych Strony podpiszą protokół odbioru. Przez pomyślne wyniki weryfikacji Strony rozumieją poprawne i należyte działanie elementów sprzętu oraz Oprogramowania odbieranych w ramach danego Etapu, zgodnie z Harmonogramem realizacji projektu dostarczonym przez Wykonawcę. 4. W przypadku niepomyślnego wyniku weryfikacji przedmiotu odbioru Zamawiający odmówi dokonania odbioru i wyznaczy Wykonawcy dodatkowy, co najmniej 5-ciodniowy termin na wykonanie przedmiotu Umowy, co nie wyłącza prawa Zamawiającego do naliczenia kar umownych z tytułu zwłoki Wykonawcy w realizacji Umowy zgodnie z § 12. W takim wypadku zostanie

sporządzony protokół, w którym Strony opiszą stwierdzone uchybienia i wady oraz potwierdzą dodatkowy termin wyznaczony przez Zamawiającego zgodnie ze zdaniem poprzedzającym".

> 8 marca 2023 r. Gmina Tuchów poinformowała wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach części nr 1 tj. wykonawcy INET sp. z o.o. z siedzibą w Kolbuszowej.
>
> 13 marca 2023 r. Zamawiający – w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie ofert firm, które przystąpiły do Postępowania wraz z całą korespondencją Gminy Tuchów z wykonawcami na etapie badania i wyboru oferty najkorzystniejszej – przekazał Sun-tar wnioskowane dokumenty z tym, że w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, treść fragmentu pisma znajdującego się w pliku pn. „wyjaśnienia rnc INET Tuchów sig.pdf" została wydrukowana, zaczerniona, a następnie ze-skanowana przez Zamawiającego. Ponadto Gmina Tuchów poinformowała, iż skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa zostały załączniki do niniejszego pisma.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z pkt V lit. a petitum odwołania odnośnie programu do zarządzania IT – Axence nVision z uwagi na jego wycofanie przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy". Z kolei stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania (…)". W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał Odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na

zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że Odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie programu do zarządzania IT – Axence nVision, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem Odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest

obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Kolejno Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie zarzutu z pkt V lit. b petitum odwołania odnośnie wyjaśnień ceny rażąco niskiej wykonawcy INET sp. z o.o. z siedzibą w Kolbuszowej wraz z załącznikami nr 1, 2, 3, 6, 8 i 9 z uwagi na ich bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa, natomiast w pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (..)".

W myśl art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5".

Stosownie do brzmienia art. 11 ust. 2 u.z.n.k. „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".

Mają na uwadze wyżej wymienione przepisy Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że nie potwierdził się zarzut z pkt V lit. a petitum odwołania w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego. Należy zauważyć, że przedmiotowy zarzut sprowadza się do twierdzenia, że

wykonawca Inet nie sprecyzował swojej oferty odnośnie „Systemu operacyjnego do zarządzania pracą w sieci lokalnej" (poz. nr 8 w „Tabelarycznym zestawieniu cenowym według etapów realizacji zamówienia, Etap 1 – Dostawa sprzętu serwerowego i oprogramowania") oraz „Programu do archiwizacji danych" (poz. nr 10 w „Tabelarycznym zestawieniu cenowym według etapów realizacji zamówienia, Etap 1 – Dostawa sprzętu serwerowego i oprogramowania"). Suntar podniósł co do „Systemu operacyjnego do zarządzania pracą w sieci lokalnej", że Przystępujący nie wskazał pełnej nazwy oprogramowania oraz marki – producenta oprogramowania. Z kolei odnosząc się do „Programu do archiwizacji danych" Odwołujący zaznaczył, że Inet nie określił marki – producenta oprogramowania. Powyższe miało w ocenie Suntar świadczyć o tym, że oferta Inet winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia. Z zaprezentowanym przez Odwołującego stanowiskiem nie sposób się jednak zgodzić.

Tytułem wstępu zasadnym jest podkreślenie, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. (zob. M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2022). Zastosowanie wobec oferty art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga więc wskazania przez zamawiającego z jakimi ustalonymi elementami dokumentacji postępowania oferta jest niezgodna. Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi bowiem szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty (której integralną część stanowią udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia) i brzmieniem dokumentacji postępowania. Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca. Koniecznym jest podkreślenie, że orzecznictwo Izby i sądów powszechnych stoi na stanowisku, iż rozstrzygające znaczenie ma literalne brzmienie SWZ. Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania - tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 543/22).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy zasadnym jest wskazanie, że Zamawiający nie wymagał podania w tabeli pn. „Tabelaryczne zestawienie cenowe według etapów realizacji zamówienia, Etap 1 – Dostawa sprzętu serwerowego i oprogramo-

wania" – do której referuje Suntar formułując zarzut odwołania – wyczerpującego opisu poszczególnych elementów

zamówienia. Jak bowiem słusznie wskazała Gmina Tuchów w odpowiedzi na odwołanie za pozbawioną relewantnych podstaw i nadinterpretację Odwołującego należy uznać twierdzenie, jakoby przez zapis w kolumnie czwartej rzeczonej tabeli pn. „Marka/Model/Nazwa oprogramowania" Zamawiający żądał podania w zakresie do każdego wymaganego elementu zamówienia wszystkich powyższych informacji, tj. i marki, i modelu i nazwy oprogramowania. W tym zakresie Izba podzieliła argumentację Zamawiającego wyrażoną w pkt 12 odpowiedzi na odwołanie, przyznając tym samym rację Gminie Tuchów, iż ukośnik (/) zastępuje w tekście spójnik albo, który oznacza tzw. alternatywę wykluczającą, czyli dysjunkcję. Inet posługując się zatem odnośnie „Systemu operacyjnego do zarządzania pracą w sieci lokalnej" nazwą oprogramowania tj. „Windows Server 2022" oraz w przypadku „Programu do archiwizacji danych" – nazwą „Backup Exec" w żaden sposób, ani w żadnym zakresie nie uchybił postanowieniom tak SWZ jak i ustawy Pzp. Co więcej, odnośnie twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym Inet w zakresie „Systemu operacyjnego do zarządzania pracą w sieci lokalnej" winien był wskazać pełną nazwę oprogramowania zasadnym jest zauważenie, iż z analizy treści dokumentów zamówienia, w tym w szczególności mając na uwadze „Tabelaryczne zestawienie cenowe według etapów realizacji zamówienia, Etap 1 – Dostawa sprzętu serwerowego i oprogramowania", brak jest podstaw do uznania, że Gmina Tuchów żądała wskazania edycji czy też wersji zaoferowanego oprogramowania. Mając na uwadze okoliczności faktyczne rozpoznawanej sprawy należy zauważyć, że stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może wynikać wyłącznie z oczekiwanego przez Odwołującego sposobu rozumienia dokumentacji postępowania, którego nie ujawniono wprost w treści SWZ. Aby odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp było zasadne konieczne jest bowiem wskazanie konkretnej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy a jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia.

Niezależnie od powyższego wymaga podkreślenia, że Inet oświadczył w Formularzu ofertowym, że oferowana przez niego kwota uwzględnia cenę wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją zamówienia, opisem przedmiotu zamówienia, audytami energetycznymi, projektowanymi postanowieniami umowy, warunkami określonymi w SWZ oraz pozostałymi załącznikami do SWZ oraz dołączył do oferty podpisany Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowiący Załącznik nr 4 do SWZ (dalej: „SOPZ"). Tym samym Przystępujący zaakceptował warunki zamówienia opisane w szczególności w SOPZ, a także PU, której celem jest otrzymanie przez Gminę Tuchów produktu w postaci wdrożonego, w pełni funkcjonalnego Systemu, którego poprawność zostanie ostatecznie zweryfikowana przez Zamawiającego w wyniku weryfikacji/testów przeprowadzonych w ramach procedury odbiorowej (§ 2 ust. 5-6 w zw. z § 5 ust. 2-4 PU). Dodatkowo koniecznym jest zauważenie, że zarówno Zamawiający jak i Przystępujący podczas rozprawy podnieśli, iż zgodność zao-

ferowanych oprogramowań z wymaganiami postawionymi przez Gminę Tuchów w dokumentacji zamówienia została przez Inet potwierdzona w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 1 marca 2023. r., do których Przystępujący dołączył oferty dostawców „Systemu operacyjnego do zarządzania pracą w sieci lokalnej" oraz „Programu do archiwizacji danych". Izba wzięła pod uwagę w szczególności stanowisko Zamawiającego odnośnie „Systemu operacyjnego do zarządzania pracą w sieci lokalnej", zgodnie z którym biorąc pod uwagę wszystkie dokumenty złożone w Postępowaniu Gmina Tuchów nie miała podstaw do uznania, że zaoferowane oprogramowanie nie spełnia warunków zamówienia postawionych w dokumentach zamówienia, a w konsekwencji do odrzucenia oferty Intel na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się z kolei do zarzutu z pkt V lit. b petitum odwołania dotyczącego zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz dowodach do nich załączonych Izba wskazuje co następuje.

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k., jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Aby zatem określone informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą w stosunku do nich zostać spełnione łącznie następujące warunki: po pierwsze – mają dla przedsiębiorstwa charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jeszcze inny cechujący się wartością gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie – że uprawniony do korzystania z nich lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba wskazuje, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. W tym miejscu należy nadmienić, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom

określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zauważenia również wymaga, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w

postępowaniu. Stąd, wykonawcy nie powinni nadużywać tego narzędzia i ograniczać jego wykorzystanie do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową starannością. Zamawiający przychylając się z kolei do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie przez bezkrytyczne przyjęcie wyjaśnień danego wykonawcy, ale powinna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 599/23, KIO 619/23, KIO 622/23). Zamawiający w toku prowadzonego przez siebie postępowania ma zatem ocenić, czy wykonawca sprostał obowiązkowi wykazania przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania", oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za owo „wykazanie" nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, zgodzić się należy z Odwołującym, że wykonawca Inet, nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej jak i w przedłożonych na ich potwierdzenie dowodach stanowiących załączniki nr 1, 2, 3, 6 i 8, a ocena skuteczności zastrzeżeń dokonana przez Zamawiającego była w tym zakresie powierzchowna. Ponadto w sposób bezpodstawny objęto tajemnicą przedsiębiorstwa również dokument mający potwierdzać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – przykładowa umowa o zachowaniu poufności (załącznik nr 9 do wyjaśnień).

Przede wszystkim zasadnym jest podkreślenie, że okoliczność, iż konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący skalkulował cenę oferty na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia jego interesów i zmniejszenia przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Przystępujący musiałby wykazać, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień ceny rażąco niskiej składanych na potrzeby tego Postępowania i pod jego wymagania określone przez Zamawiającego miałoby spowodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałoby wynikać. Izba nie przeczy, że potencjalnie w zależności od okoliczności danej sprawy kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale pod warunkiem, że ma ona unikalny, autorski charakter i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii. W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy nie zostało wykazane, aby zastosowana przez Inet metoda wyceny była szczególna, właściwa tylko dla Przystępującego i aby dawała mu przewagę na rynku. W zakresie pozostałych dowodów złożonych na potwierdzenie zaoferowanej ceny Izba uznała, że wyłącznie załączniki nr 4, 5, i 7 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zostały zasadnie utajnione. W przypadku tych konkretnych ofert dostawców Przystępujący w sposób wystarczający wywiązał się z obowiązku wykazania poufnego charakteru informacji zawartych w ofertach uzyskanych w ramach relacji handlowych łączących go z tymi kontrahentami.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....