

WYROK
z dnia 31 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2023r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Centrum Informatyki "ZETO" S.A. z siedzibą w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łomża** przy udziale wykonawcy **BIT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 odwołania,
 2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
 3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Łomża prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest „Dostawa, wdrożenie i integracja systemów informatycznych z uruchomieniem usług w ramach projektu „e-Urząd Gminy Łomża”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00244940/01 z dnia 2 czerwca 2023 r.

Odwołujący - Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku wniósł w dniu 17 lipca 2023 r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy BIT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „BIT” lub „Przystępujący”), podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie weryfikacji oferty BIT i odrzucenie jej, gdyż BIT nie złożył oferty zgodnej z warunkami zamówienia;

2)art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia BIT z postępowania, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie tego wykonawcy, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących oferowanych rozwiązań w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert

lub

3)art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez zaniechania dokonania czynności wykluczenia BIT z postępowania, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie tego wykonawcy, gdyż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących oferowanych rozwiązań w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

4)art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (udostępnienia) dokumentów i informacji oznaczonych przez BIT jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego była rzetelna weryfikacja złożonych dokumentów i uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa, a Zamawiający nie dokonał, w sposób właściwy tej czynności;

ewentualnie

5)art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wezwania do wyjaśnień treści złożonej oferty, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego, po otrzymaniu od Odwołującego informacji o nieprawidłowościach w ofercie BIT, była weryfikacja tych okoliczności poprzez wezwanie BIT do wyjaśnienia treści złożonej oferty.

Odwołujący w związku z tak postawionymi zarzutami wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty BIT;
6. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia BIT;

ewentualnie

7. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania do wyjaśnień treści złożonej oferty przez BIT.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że w dokumentacji postępowania:

1) „Aktualnie w jednostce Zamawiającego eksploatowany jest pakiet systemów dziedzinowych firmy INFO-SYSTEM R. T. G. sp.j. (...) oraz system GOMiG – ODPADY formy ARISCO Sp. z o.o. w zakresie obsługi opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi” (OPZ – strony 14 i 15);

2) „Zamawiający nie posiada autorskich praw majątkowych do funkcjonującego w urzędzie oprogramowania, nie posiada kodów źródłowych oprogramowania, a licencja posiadanego oprogramowania nie umożliwia mu modyfikacji kodów źródłowych, zatem Zamawiający nie jest w stanie zapewnić Wykonawcy, że udostępni mu stałe, niezmiennie interfejsy integracyjne umożliwiające pełną wymianę danych z nowo uruchamianymi rozwiązaniami. Zgodnie z najlepszą wiedzą Zamawiającego interfejsy integracyjne są dostępne na rynku na zasadach komercyjnych, toteż Wykonawca odpowiedzialny jest za dostawę w pełni funkcjonujących rozwiązań opisanych w niniejszym załączniku, w tym jeżeli jest konieczne, pozyskanie niezbędnych informacji do realizacji zamówienia, zawarcie koniecznych umów itp.” (OPZ – strona 15);

3) „W zakresie elektronicznego zarządzania dokumentacją w jednostce Zamawiającego funkcjonuje system EZD PUW autorstwa Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego. W celu integracji z systemem EZD PUW należy wykorzystać dokumentację EZD PUW API opublikowaną na stronie internetowej Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego. Zamawiający nie jest jednak w stanie zapewnić Wykonawcy, że opublikowane na stronie Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego interfejsy integracyjne pozostaną niezmiennie przez cały okres realizacji zamówienia oraz przez okres gwarancji na System (...)” (OPZ – strona 15).

Odwołujący podkreślił, że aby móc zrealizować zatem właściwie przedmiot zamówienia, wykonawca musiałby być albo jednym z podmiotów, które dotychczas realizowały prace na rzecz Zamawiającego, albo zobowiązać się do „wymiany” systemu u Zamawiającego (jako całość, co Zamawiający dopuścił). BIT wskazuje w treści swojej oferty, że będzie korzystał z zasobów INFO-SYSTEM R. i T. G. sp.j. Oznacza to, że BIT nie wybrał opcji „wymiany” systemu u Zamawiającego, lecz wybrał opcję wykonania prac na istniejących systemach. Skorzystanie z zasobów INFO-SYSTEM R. i T. G. sp.j. niesie za sobą, jednakże, konsekwencje dla BIT. Skoro bowiem zdecydował się skorzystać z zasobów tego podmiotu, to miał świadomość, że tylko w zakresie korzystania z autorów systemów pracujących u Zamawiającego będzie miał możliwość realizacji przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak, INFO-SYSTEM R. i T. G. sp.j. nie jest jedynym podmiotem, który posiada prawa autorskie do systemów pracujących u Zamawiającego. Jest jednym z tych podmiotów. Powyższe oznacza, że BIT tylko częściowo zapewnił odpowiednią realizację przedmiotu zamówienia. Nie sposób bowiem uznać, że możliwe jest pominięcie innych podmiotów, które posiadają prawa autorskie do systemów funkcjonujących u Zamawiającego. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość, to każda modyfikacja czy naprawa systemu (lub jego elementów) stanowiłaby o naruszeniu prawa własności intelektualnej, co powodowałoby narażenie Zamawiającego na roszczenia właścicieli praw autorskich do systemu – z uwagi na dokonywanie zmian w systemie bez stosownego uprawnienia. Skoro zatem BIT przewidział współpracę na warunkach podwykonawstwa z jednym z właścicieli systemów funkcjonujących u Zamawiającego, to oznacza, że tylko częściowo jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że co prawda udostępnia część dokumentacji informatycznej (z uwagi na jej udostępnienie przez Podlaski Urząd Wojewódzki), lecz zastrzegł przy tym, że w każdej chwili ta sytuacja może się zmienić. Oznacza to, że i również w tym przypadku wykonawca winien być przygotowany na to, że w każdym momencie trwania umowy może dojść do zmian w zakresie korzystania z posiadanych przez Zamawiającego systemów. Zatem tylko współpraca z Podlaskim Urzędem Wojewódzkim (jako udostępniającym jeden z systemów) mogłaby pozwolić na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. W ofercie BIT brak jednak informacji o takiej współpracy. Dlatego też, mając na uwadze powyższe, oferta BIT winna podlegać odrzuceniu z postępowania jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) lub pkt 10) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp Odwołujący wskazał, że możliwość zaoferowania określonego, tj. najbardziej korzystnego, rozwiązania w zakresie czasu naprawy określonych „wad” systemu, zarezerwowana jest dla właścicieli systemu lub podmiotów, które mogą korzystać z zasobów

właścicieli takich systemów. Jak już zostało wskazane w treści niniejszego odwołania, BIT nie

zaoferował prawidłowo realizacji całego przedmiotu zamówienia. Skoro tak, to nie jest możliwe również zaoferowanie, dla całego przedmiotu zamówienia, najkrótszych możliwych czasów naprawy. BIT wskazał te wartości wyłącznie w jednym

celu – aby uzyskać maksymalną liczbę punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. Skoro bowiem nie zaoferował pełnego przedmiotu zamówienia w sposób właściwy, to nie mógł również zaoferować takich czasów naprawy dla całego przedmiotu zamówienia. Dodatkowo, BIT od momentu złożenia oferty zachowywał się w sposób jednolity – oferując przedmiot zamówienia oraz wskazując na czasy napraw. Wytworzył zatem u Zamawiającego przeświadczenie, że złożona przez niego oferta rzeczywiście jest dobrze złożona i może zostać uznana za najkorzystniejszą. W takiej sytuacji, działania podjęte przez BIT w postaci przedstawiania nieprawdziwych informacji, w sposób istotny wpłynęły na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu – w końcu Zamawiający nie tylko uznał, że oferta spełnia wymogi SWZ, ale również że należy przyznać ofercie BIT maksymalną liczbę punktów. Mając powyższe na uwadze, wykonawca BIT winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) Pzp. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 18 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp Odwołujący wskazał, że BIT zastrzegł uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia godzi nie tylko w zasadę jawności postępowania, ale również w naczelne zasady udzielania zamówień wskazane w przepisie art. 16 Pzp, w szczególności zasadę przejrzystości i proporcjonalności. Nie sposób zatem uznać, że zastrzeżenie samego zastrzeżenia jest prawidłowe. Gdybym dopuścić jako prawidłowe działanie Zamawiającego w taki sposób jak w Postępowaniu, to konkurencyjni wykonawcy w zamówieniach publicznych nie mieliby żadnej możliwości weryfikacji prawidłowości podjętych działań polegających na zastrzeżeniu dokumentów lub informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W związku z tym, Zamawiający winien odtajnić uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami. Dopiero na podstawie odtajnienia tego zastrzeżenia możliwym będzie dokonanie oceny, czy którykolwiek z dokumentów lub informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa winien być dalej utajniony.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający był informowany przez Odwołującego o nieprawidłowościach w ofercie BIT. Mimo tego, Zamawiający nie zwrócił się do BIT o złożenie wyjaśnień treści oferty, lecz przyjął ją jako prawidłową. Natomiast według Odwołującego, u Zamawiającego winny pojawić się wątpliwości dotyczące oferty BIT. A skoro takie wątpliwości powinny się pojawić, to obowiązkiem Zamawiającego w takiej sytuacji było wezwanie BIT do złożenia wyjaśnień treści oferty. Zamawiający zaniechał dokonania tej czynności, co spowodowało, że nie miał on pełnego obrazu dotyczącego zaoferowanego przedmiotu zamówienia przez BIT. Podkreślić przy tym należy, że rzetelna ocena złożonej oferty i zaoferowanego przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego. Posiadając informacje od Odwołującego, że oferta BIT jest niezgodna z warunkami zamówienia, Zamawiający musiał podjąć kroki w celu wyjaśnienia tych rozbieżności. Zamiast tego, wolał dać wiarę głosownym oświadczeniom BIT.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 27 lipca 2023 r. również wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę BIT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Podkreślić należy, że zastosowanie dyspozycji ww. przepisu jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ. Ponadto konieczne jest aby możliwe było wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków zamówienia, w tym poprzez udzielanie wyjaśnień w odpowiedziach na pytania wykonawców, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną

z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wywodził, że oferta Przystępującego jest niezgodna z wymogami zamówienia, bowiem wykonawca ten nie zapewnił sobie możliwości integracji systemu z systemami firmy ARISCO oraz systemem EZD PUW.

Izba odnosząc się do powyższego zarzutu wzięła pod uwagę treść zobowiązania do udostępnienia zasobów przez spółkę INFO-SYSTEM z dnia 15 czerwca 2023 r., w którym ww. spółka zobowiązała się do *dostawy i wdrożenia portalu, przeprowadzenie rozbudowy i/lub modernizacji systemów dziedzinowych, uruchomienie e-usług publicznych w oparciu o formularze elektroniczne, zarządzania projektem, dokumentacja*. Ponadto Izba przeprowadziła dowódz porozumienia z dnia 28 lipca 2023 r. zawartego pomiędzy ARISCO sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi a firmą INFO-SYSTEM załączonego do pisma procesowego Przystępującego w treści którego wprost zostało wskazane, że „Strony wspólnie uzgadniają współdziałanie w celu przeprowadzenia integracji systemów ePodatki i GOMiG Odpady z planowanym do wykonania portalem/systemem internetowego mieszkańca, przy pomocy którego będzie można się rozliczyć z opłaty za gospodarowanie odpadami”. Uwzględniając powyższe dowody Izba uznała, że skoro podwykonawca Przystępującego spółka INFO — SYSTEM jest na mocy zawartego porozumienia partnerem spółki ARISCO w zakresie przeprowadzania integracji systemów ARISCO, w związku z wdrażaniem portalów/systemów internetowej obsługi mieszkańców to w ocenie Izby Przystępujący jest w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie, zgodnie z określonymi przez Zamawiającego warunkami zamówienia. Przystępujący wbrew twierdzeniom Odwołującego nie pominął więc podmiotów, które posiadają prawa autorskie do systemów funkcjonujących u Zamawiającego.

Oceniając możliwość integracji z systemem EZD PUW to wskazać należy, że Izba uwzględniła okoliczność podnoszoną przez Zamawiającego i Przystępującego, że system EZD PUW jest systemem niekomercyjnym, a Podlaski Urząd Wojewódzki udostępnia, co potwierdził sam Zamawiający, dokumentację umożliwiającą integrację systemu EZD PUW z innymi systemami wdrażanymi u podmiotów realizujących zadania publiczne. Dokumentacja ta jest powszechnie dostępna (zamieszczona na stronie Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego). Odwołujący nie wykazał, że Podlaski Urząd Wojewódzki zaprzestanie praktyki udostępniania interfejsu integracyjnego, w sytuacji gdy dotychczas takie informacje udostępnia, a sam system EZD PUW ma na celu wymianę informacji oraz usprawnianie funkcjonowania podmiotów, którym jest bezpłatnie udostępniany.

W konsekwencji również zarzuty w tym zakresie Izba uznała za niezasadne i stwierdziła, że Przystępujący zapewnił sobie możliwość dostawy i wdrożenia oferowanego Oprogramowania oraz przeprowadzenia integracji systemów informatycznych niezbędnych do realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie kryterium dotyczącego usuwania awarii, naprawy wady oraz błędu wskazać należy, że jak wynika z definicji zawartych w § 2 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 4 do SWZ, błąd, awaria i wada to pojęcia, które w sposób wyraźny odnoszą się do Oprogramowania aplikacyjnego, które to oprogramowanie e-usług ma zostać stworzone w czasie realizacji przedmiotu zamówienia. Nie jest nim system więc system firmy INFO-SYSTEM, EZD czy program odpadowy, z którymi te programy oprogramowanie aplikacyjne ma zostać zintegrowane. Przedmiotem zamówienia nie będzie więc usuwanie wad awarii czy błędów w programach które już są wdrożone u Zamawiającego.

W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że czasy napraw oprogramowania aplikacyjnego są nierealne, a Przystępujący podając określone czasy naprawy Oprogramowania aplikacyjnego w kryterium oceny ofert wprowadził Zamawiającego w błąd. Dowody złożone przez Odwołującego, w tym pismo Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego z dnia 22 czerwca 2023r. odnosiły się natomiast do usuwania awarii, błędów w systemie EZD oraz programu ARISCO, nie zaś Oprogramowania aplikacyjnego. Izba uznała więc powyższy dowód za nieprzydatny do rozpoznania przedmiotowej sprawy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (udostępnienia) dokumentów i informacji oznaczonych przez BIT jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazać należy, że zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W zakresie, który dotyczy przedmiotowej sprawy, termin na wniesienie odwołania określa przepis art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, zgodnie z którym odwołanie w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W niniejszej sprawie Izba ustaliła, iż Odwołujący w dniu 26 czerwca 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie informacji zastrzeżonych przez Przystępującego w zakresie wykazu osób oraz próbki wraz z jej prezentacją, a w dniu 30 czerwca 2023 r. z wnioskiem o odtajnienie i udostępnienie opisu zawartości próbki.

Zamawiający w pismach z dnia 29 czerwca 2023 r. poinformował Odwołującego, że „odmawia odtajnienia dokumentów, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ww. Wykonawcę” oraz, że „w ocenie Zamawiającego zastrzeżone

przez wykonawcę BIT sp. z o.o. informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”. Ponadto w piśmie skierowanym do Odwołującego w dniu 4 lipca 2023 r. Zamawiający ponownie poinformował Odwołującego, że odmawia odtajnienia zawartości próbki, będącej tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego. Zamawiający wyjaśnił również, że „Wykonawca BIT Sp. z o.o. prawidłowo zakwalifikował opisaną powyżej część oferty, jako część zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy. Zastrzeżone informacje nie mogą być udostępniane pozostałym wykonawcom, ponieważ informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ujawnienie powyższego dokumentu będzie stanowiło naruszenie interesu przedsiębiorców (podmiotów udostępniających zasoby oraz Wykonawcy). Wszystkie przesłanki poprawności zakwalifikowania powyższej części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały zachowane, co zostało wykazane w uprzednich częściach niniejszego pisma.”.

Izba na rozprawie ustaliła, że stan faktyczny sprawy dotyczący kwestii nieudostępnienia Odwołującemu ww. dokumentów nie jest sporny pomiędzy Stronami, tj. Zamawiający, pismami z 29 czerwca 2023 r., z których jedno zostało przekazane Odwołującemu w dniu 4 lipca 2023 r. odmówił Odwołującemu odtajnienia dokumentów o które wnioskował, informując, że uznaje skuteczność ich zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa. Była to czynność Zamawiającego (czynność negatywna w postaci odmowy udostępnienia), od której liczy się termin na wniesienie odwołania. Zamawiający nie wskazał tu, że dokonuje jeszcze czynności badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że odmawia udostępnienia dokumentów z uwagi na prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że 5-dniowy termin na wniesienie odwołania w tym zakresie powinien być liczony od dnia otrzymania pisma z 4 lipca 2023 r., a tym samym Izba stwierdziła, że zarzut w zakresie nieudostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów jest spóźniony i podlega odrzuceniu. Odwołujący w dniu 4 lipca 2023 r. miał bowiem pełną wiedzę o stanowisku Zamawiającego co do braku przekazania Odwołującemu dokumentów Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do wyjaśnień w ww. postępowaniu w zakresie treści złożonej przez niego oferty. Wskazać należy, że zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby, z powyższego przepisu wprost wynika, że Zamawiający jeżeli nie poweźmie wątpliwości co do treści oferty wykonawcy nie ma obowiązku wzywania go do złożenia wyjaśnień. Skoro natomiast Izba uznała, że oferta Przystępującego była zgodna z warunkami zamówienia, to powyższe wprost potwierdza, że po stronie Zamawiającego słusznie nie zaistniały wątpliwości co do treści jego oferty, które winny by skutkować skierowaniem wezwania w ww. trybie.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 Pzp.

Przewodnicząca: