

WYROK

Warszawa, dnia 16 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”), przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Xcomp sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Przystępujący”)

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z pkt 7 petitum odwołania z uwagi na jego wycofanie przez Odwołującego.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu z pkt 6 petitum odwołania oraz nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonane przez Przystępującego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 10 marca 2025 r. oraz w załącznikach do tego pisma w całości.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/6 oraz Odwołującego w części 5/6 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2 500 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy);
 - 4.3. znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty wynagrodzenia pełnomocników.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

KIO 1447/25

Uzasadnienie

Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający” lub „UCK”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa dwóch macierzy dyskowych do obszaru gromadzenia danych obrazowych (PACS) dla UCK” (Numer referencyjny: 343/PN/2024, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 stycznia 2025 r. pod numerem: 67942-2025.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

14 kwietnia 2025 r. wykonawca Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący” lub „Comarch”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego i zaniechania czynności w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ncNETcom sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: „ncNET”), pomimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami

zamówienia;

- 2)art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wezwanie ncNET do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, pomimo iż UCK w dokumentach zamówienia jednoznacznie wyłączył możliwość wezwania do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych;
- 3)art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie między UCK a ncNET korespondencji mającej charakter uzgodnienia treści złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz dokonanie zmiany jej treści;
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Xcomp sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Xcomp”), pomimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 5)art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie między UCK a Xcomp korespondencji mającej charakter uzgodnienia treści złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz dokonanie zmiany jej treści;
ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu opisanego w pkt 4;
- 6)art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ewentualnych załączników do tych wyjaśnień, złożonych przez Xcomp;
ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu opisanego w pkt 4;
- 7)art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu załącznika do protokołu w postaci wyjaśnień Xcomp z dnia 13 marca 2025 r.

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

- 1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2)unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 3)odrzucenie oferty ncNET jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 4)odrzucenie oferty Xcomp jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 5)udostępnienie Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania, w szczególności wyjaśnień rażąco niskiej ceny Xcomp wraz z ewentualnymi załącznikami oraz pisma Xcomp z dnia 13 marca 2025 r.;
- 6)dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

7 maja 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Pismem z dnia 7 maja 2025 r. wykonawca Xcomp sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Szczecinie wniósł o oddalenie odwołania w całości w zakresie zarzutów dotyczących oferty tego wykonawcy.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut z pkt 7 petitum odwołania.

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 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.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Xcomp sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Szczecinie (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:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch macierzy dyskowych do obszaru gromadzenia danych obrazowych (PACS) dla UCK, określonych w Załączniku nr 4 do SWZ (vide: Rozdział IV ust. 1 Specyfikacji warunków zamówienia - dalej: „SWZ”).

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału V SWZ:

„1. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganymi cechami opisanymi w SWZ i załącznikach do SWZ oraz w celu oceny kryterium jakości, Zamawiający wymaga złożenia, wraz z ofertą, następujących przedmiotowych środków dowodowych:

a) Certyfikat lub Deklaracja CE.

2. Zamawiający informuje, iż w przypadku nie złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych lub w sytuacji w której złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

3. Zapisów pkt 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

4. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych”.

W myśl postanowień Rozdziału XIV ust. 12 i 18 SWZ:

„Dokumenty składane wraz z ofertą:

Ofertę należy sporządzić zgodnie z wzorem Formularza ofertowego stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. Ponadto do oferty należy załączyć:

- Wypełniony Jednolity europejski dokument zamówienia – załącznik nr 2 do SWZ
- Wypełniony wzór oświadczenia (art. 7 ust.1) – zgodnie z załącznikiem nr 7
- Wypełniony wzór oświadczenia (art. 5k) – zgodnie z załącznikiem nr 8
- Wypełniony formularz parametrów technicznych – załącznik nr 4 do SWZ
- Dowód wniesienia wadium
- Ewentualne pełnomocnictwa
- Przedmiotowe środki dowodowe o których mowa w ust. V SWZ.

(...).

18. Jeżeli któryś z wymaganych dokumentów składanych przez Wykonawcę jest sporządzony w języku obcym, dokument taki należy złożyć wraz z tłumaczeniem na język polski.

(...)”.

W Rozdziale XVIII SWZ Zamawiający opisał kryteria oceny ofert oraz podał wagi tych kryteriów i sposób oceny ofert w następujący sposób:

✓Kryterium Cena – znaczenie 60 %”,

✓Kryterium Jakość – znaczenie 40 %, przy czym „W celu oceny kryterium „jakość” Wykonawca złoży wraz z ofertą wypełnioną tabelę zawierającą parametry techniczne oferowanego, stanowiąca załącznik nr 4 do SWZ”.

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, każdy Wykonawca zobowiązany był złożyć

Załącznik nr 4 do SWZ – Formularz parametrów technicznych, który zgodnie z treścią SWZ:

1) stanowi zobowiązanie do zaoferowania rozwiązania, które spełnia minimalne wymagania opisane przez Zamawiającego – tabela „Wymagania szczegółowe”;

2) w zakresie wymagań jakościowych (opcjonalne – dodatkowo punktowanych) – daje informacje, czy w kryterium jakość dane oferta powinna otrzymać punkty czy też nie – tabela „Wymagania jakości (opcjonalne – dodatkowo punktowane) (max. 40 pkt)”.

W pkt 6 i 13 tabeli „Wymagania szczegółowe” (Załącznik nr 4 do SWZ) UCK określił wymagane parametry techniczne odnośnie następujących komponentów:

✓Wymagana przestrzeń – „Fizyczna przestrzeń dyskowa zbudowana tylko i wyłącznie za pomocą dysków SSD NVMe (...); (...) Macierz nie może obsługiwać dysków HDD”;

✓Obsługiwane protokoły – „Wymagane wsparcie dla FC, iSCSI, NFS, CIFS. Nie dopuszcza się spełnieniu wymogu poprzez zastosowanie główki/gateway NAS. Protokoły plikowe muszą być natywnie obsługiwane przez kontrolery”.

UCK w żadnym miejscu Formularza ofertowego, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SWZ, a także Formularza parametrów technicznych – Załącznik nr 4 do SWZ, nie wymagał wskazania przez wykonawcę modelu ani producenta ani jakichkolwiek danych identyfikujących oferowane rozwiązanie.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 5 marca 2025 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

1) wykonawcy Xcomp sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Szczecinie – łączna wartość brutto oferty wynosi 10 086 000 zł 00 gr;

2) wykonawcy ncNETcom sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach – łączna wartość brutto oferty wynosi 11 512 800 zł 00 gr;

3) wykonawcy Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie – łączna wartość brutto oferty wynosi 12 225 831 zł 00 gr.

Przystępujący do terminu składania ofert złożył komplet wymaganych dokumentów i oświadczeń, w tym m.in.:

✓Tabelę wymagań zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ – w treści tego dokumentu (str. 6 oferty) Xcomp nadprogramowo, z własnej inicjatywy, pod opisem podanym przez Zamawiającego „Przedmiot Zamówienia: Macierz dyskowa SSD na potrzeby PACS (2 szt.)” wpisał „Huawei OceanStor 5510”;

✓ Deklarację CE (Nr CE-10686226) – w języku angielskim.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 marca 2025 r. w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, składanych w celu potwierdzenia zgodności ofertowanych dostaw z wymaganymi cechami opisanymi w SWZ, Przystępujący złożył tłumaczenie Deklaracji CE (Nr CE-10686226), która wraz z ofertą została złożona w języku angielskim.

5 marca 2025 r. UCK, działając na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Xcomp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

10 marca 2025 r. Przystępujący udzielił żądanych wyjaśnień, przy czym zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w piśmie z dnia 10 marca 2025 r. oraz załącznikach do tego pisma (nr 1-4) w całości.

Pismem z dnia 19 marca 2025 r. UCK, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Xcomp do złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie czy oferowana macierz OceanStor 5510 jest macierzą typu All Flash Array, tak jak wymaga tego OPZ.

W odpowiedzi z dnia 21 marca 2025 r. Xcomp wyjaśnił, że „(...) Huawei OceanStor 5510 występuje w dwóch wersjach: hybrydowej nazywanej Hybrid-flash oraz All Flash nazywanej Capacity Flash. Zaoferowana macierz to model Huawei OceanStor 5510 Capacity Flash Storage, czyli macierz typu All Flash, co potwierdziliśmy również w wyjaśnieniach z dnia 13.03.2025 r. podając szczegółowy model wraz z jego konfiguracją (...)”.

ncNET wraz z Formularzem ofertowym złożył nieokreślony dokument w języku angielskim, który nie znajduje się w katalogu dokumentów wymaganych przez UCK w Postępowaniu. W rzeczonym dokumencie, nad tabelą (str. 14 oferty) widnieje nazwa ASA C800, natomiast w dalszej części dokumentu wskazane są również inne modele odnoszące się do urządzenia NetApp-1704, w tym m.in. AFF C800.

12 marca 2025 r. Zamawiający, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał ncNET do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci Certyfikatu lub Deklaracji CE – w języku polskim.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie ncNET przedłożył żadaną deklarację zgodności w języku polskim.

Pismem z dnia 24 marca 2025 r. UCK, działając w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał ncNET do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej wersji macierzy dyskowych. Zamawiający wskazał, że zaproponowana w ofercie macierz – model NetApp-1704 występuje w dwóch różnych wersjach: AFF oraz ASA.

25 marca 2025 r. ncNET złożył wyjaśnienia, w których potwierdził, że zaoferowana macierz to NetApp model: AFF C800, która spełnia wymogi opisane w Postępowaniu.

4 kwietnia 2025 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Xcomp sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Szczecinie.

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 7 petitum odwołania w związku z jego wycofaniem przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

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. Comarch oświadczył, że nie popiera już zarzutu z pkt 7 petitum odwołania, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że skład orzekający związany 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 wycofanych zarzutów.

Ponadto skład orzekający uznał, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu z pkt 6 petitum odwołania. Natomiast w pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

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.

Stosownie do brzmienia art. 7 pkt 20 ustawy Pzp przedmiotowe środki dowodowe to „środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia”.

Z kolei w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp poprzez warunki zamówienia należy rozumieć „warunki, które dotyczą

zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Art. 107 ustawy Pzp stanowi:

- „1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.
2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.
3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.
4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych”.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy 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 myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp:

- „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
- (...);
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- (..)”.

Stosownie do brzmienia 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”.
- Zgodnie 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.”) „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi:

- „1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów postawionych względem ofert złożonych przez Xcomp oraz ncNET, które dotyczą rzekomej niezgodności treści tych ofert z warunkami zamówienia należy wskazać, co następuje.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Z kolei stosownie do brzmienia art. 7 pkt 20 ustawy Pzp przedmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaoferowany produkt nie posiada wymaganych w OPZ cech czy parametrów (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2023 r. o sygn. akt KIO 1618/23; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 720/23). W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) do ustawy Pzp czytamy: „Norma art. 226

ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą: 1) zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi, przedłożenie dokumentów przedmiotowych do innych urządzeń niż zaoferowane przez wykonawcę (...))" (zob. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 729). Dla zastosowania procedury odrzucenia oferty na omawianej postawie niezbędne jest więc stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi w dokumentach zamówienia wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 stycznia 2024 r. o sygn. akt 3801/23 „Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia (...); Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego (...). Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 543/22, w którym skład orzekający wskazał, co następuje: „(...)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 – zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić (por. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 16.05.2012 r. sygn. akt II Ca 397/13, wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 11.03.2013 r. sygn. akt I C 577/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 10.07.2015 r. sygn. akt I C 2/15). Warto także zaznaczyć, że orzecznictwo Izby i sądów powszechnych stoi na stanowisku, że 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 określonych w art. 16 p.z.p., 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. Nie wystarczy więc stwierdzić niezgodności oferty z niewyartykułowanymi w SWZ intencjami zamawiającego lub oczekiwanym przez niego sposobem rozumienia dokumentacji postępowania, którego w niej nie ujawniono. Jeżeli zamawiający nie jest w stanie wprost wskazać treści dokumentacji zamówienia, z którą oferta jest sprzeczna, takie odrzucenie jest wadliwe (...). Innymi słowy zastosowanie wobec wykonawcy podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wymaga wskazania przez zamawiającego z jakimi ustalonymi postanowieniami dokumentów zamówienia treść oferty jest niezgodna. Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi bowiem szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty i brzmieniem dokumentacji postępowania. Ponadto trafnie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 lutego 2025 r. w sprawie o sygn. akt KIO 22/25, że „(...) zamawiający musi stwierdzić z jakimi wymaganiami opisanymi przez niego w dokumentach zamówienia oferta złożona przez wykonawcę jest niezgodna i ustalić to ponad wszelką wątpliwość. Zamawiający podejmując taką decyzję nie może opierać się zatem na ogólnych informacjach czy niczym nie popartych stanowiskach, ale musi mieć pewność, że złożona oferta jest niezgodna z treścią SWZ (podobnie Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 8 października 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 119/24) (...).”

Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę niniejszej sprawy należy zauważyć, że zgodnie z dokumentacją Postępowania UCK nie wymagał wskazania przez wykonawcę modelu ani producenta ani jakichkolwiek danych identyfikujących oferowane rozwiązanie. Wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z Formularzem oferty Załącznik nr 4 do SWZ, tj. Formularz parametrów technicznych, który: po pierwsze – stanowi zobowiązanie do zaoferowania rozwiązania, które spełnia minimalne wymagania opisane przez Zamawiającego (tabela „Wymagania szczegółowe”); po drugie – w zakresie Wymagań jakościowych (dodatkowo punktowanych) – dale informacje, czy w kryterium jakości dana oferta powinna otrzymać punkty czy też nie (tabela „Wymagania jakości (opcjonalne – dodatkowo punktowane) (max. 40

pkt))". Wykonawca zobowiązany był wypełnić wyłącznie tabelę „Wymagania jakości (opcjonalne – dodatkowo punktowane) (max. 40 pkt)”, a konkretnie trzy pola rzeczowej tabeli dotyczące parametrów (kolumna „Wartość oferowana”), które podlegają ocenie w kryterium „Jakość” (vide: Rozdział XVIII SWZ). Nie ulega wątpliwości, że wszyscy trzej wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu wypełnili tę wymaganą tabelę, a jedynie Comarch samodzielnie zmodyfikował Załącznik nr 4 do SWZ dodając do tabeli „Wymagania szczegółowe” następną kolumnę „Oferowane parametry” i podając w niej szczegółowe parametry oferowanego sprzętu. Słusznie jednak nadmieniał Zamawiający, że nie wymagał od wykonawców – wprost, wyraźnie ani w żaden inny sposób – przedstawienia w ofercie informacji, do których referuje Comarch ani wprowadzania zmian, jakich dokonał Odwołujący. To UCK jako gospodarz niniejszego Postępowania określa zakres i szczegółowość informacji żądanych od wykonawców. Trafnie podniósł Zamawiający, że Odwołujący niejako próbuje bezpodstawnie „narzucić” nowy wzór Załącznika nr 4 do SWZ, a z tego tytułu nie można w żadnym razie wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do innych wykonawców. Tok myślenia Comarch wydaje się kuriozalny, gdyż przyjmując takie rozumowanie każdy wykonawca mógłby wprowadzać w ofercie dodatkowe, niewymagane przez zamawiających, informacje a następnie domagać się odrzucenia ofert konkurencji jako niezgodnych z warunkami zamówienia, co jest oczywiście działaniem niedopuszczalnym. W konsekwencji, twierdzenia Comarch zawarte w pkt 1.4 i pkt 4.5 uzasadnienia odwołania, jakoby wykonawcy ncNET oraz Xcomp nie załączyli do oferty wypełnionego Formularza parametrów technicznych – Załącznik nr 4 do SWZ, wymaganego zgodnie z Rozdziałem XIV ust. 12 SWZ i w związku z tym oferty wyżej wymienionych wykonawców winny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako sporządzone niezgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, należało uznać za całkowicie bezzasadne i nieznajdujące odzwierciedlenia w dokumentacji Postępowania.

Kolejno, odnosząc się w pierwszej kolejności do oferty Xcomp, należy podkreślić, że Przystępujący w Załączniku nr 4 do SWZ (str. 6 oferty) nadprogramowo, z własnej inicjatywy, wskazał, że oferuje macierz Huawei OceanStor 5510. Na tej podstawie Odwołujący wywodzi, że Xcomp zaoferował macierz niezgodną z warunkami zamówienia, tj. z pkt 6 tabeli „Wymagania szczegółowe” Załącznika nr 4 do SWZ a ściślej z postanowieniem, zgodnie z którym „Macierz nie może obsługiwać dysków HDD”. Comarch podniósł, że macierz Huawei OceanStor5510 jest macierzą hybrydową obsługującą zarówno mechaniczne dyski obrotowe HDD (Hard Disc Drive) jak i dyski typu NAND SSD (Solid State Drive). Na potwierdzenie tej okoliczności Odwołujący załączył do odwołania wydruk ze strony internetowej producenta macierzy w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski. Zdaniem Comarch Przystępujący pismem z dnia 21 marca 2025 r. zmienił treść swojej oferty, co jest niedopuszczalne w świetle dyspozycji art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w złożonych wyjaśnieniach oświadczył, że zaoferował macierz OceanStor 5510 Capacity Flash Storage, spełniającą wymagania SWZ, a zatem inną macierz niż to wynika z treści oferty. Odwołujący podkreślił, że macierz OceanStor 5510 i macierz OceanStor 5510 Capacity Flash Storage to dwa różne produkty, dwie różne macierze, o czym mają świadczyć dowody dołączone do odwołania, tj. wydruki ze strony internetowej producenta Huawei, a także dowody nr 2.1 i 2.2 przedłożone na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe wymaga odnotowania, że – jak podniósł zarówno Xcomp w piśmie procesowym z dnia 7 maja 2025 r. jak i UCK w odpowiedzi na odwołanie – macierz Huawei OceanStor 5510 to cała rodzina urządzeń i występuje w dwóch wersjach sprzętowych. Przystępujący zaznaczył, że model 5510 należy do rodziny V5 (OceanStor 5510 V5), czyli piątej generacji tych urządzeń. Jest to model macierzy dyskowej – storage array. Dodatkowo przedłożona przez Przystępującego Deklaracja CE (Nr CE-10686226) – której treści Comarch nie kwestionował – również dotyczy m.in. modelu OceanStor 5510 V5, a dokument ten zgodnie z postanowieniem Rozdziału V ust. 1 SWZ wymagany był w celu potwierdzenia, że oferowane rozwiązanie spełnia wymagania Zamawiającego. Jak to już zostało wskazane w uzasadnieniu niniejszego wyroku, UCK nie żądał od wykonawców przedstawienia w ofercie informacji o funkcjonalności oferowanej macierzy. Zamawiający nie oczekiwał również nazwania oferowanego urządzenia, wskazania modelu ani producenta. W szczególności, UCK nie wymagał podania numerów katalogowych producenta ani innych wewnętrznych oznaczeń, w tym numerów produktu. Badanie i ocena ofert odbywała się wyłącznie na podstawie informacji wymaganych zgodnie z SWZ. Jak podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, Xcomp składając podpisany Formularz parametrów technicznych stanowiący Załącznik nr 4 do SWZ potwierdził, że oferowana macierz spełnia minimalne warunki co do sprzętu postawione w Postępowaniu, co następnie poparł wymaganym przedmiotowym środkiem dowodowym.

W tym miejscu zasadne jest wskazanie, że Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 października 2024 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 119/24 zaznaczył, iż „(...) podziela stanowisko zamawiającego, który trafnie odwołał się do orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN 1095/99), gdzie wskazano, że oświadczenie mające charakter wyraźnie zobowiązaniowy nie może być traktowane jako informacja o istniejącej rzeczywistości (oświadczenie wiedzy). Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością

(z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie – zdaniem Sądu Najwyższego – wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Sąd uznał, że zobowiązanie to natomiast deklaracja wykonania opisanego świadczenia, zatem nie sposób go utożsamiać z podaniem informacji i przyrównywać do istniejącej rzeczywistości celem zweryfikowania zgodności z prawdą (z wyjątkiem sytuacji zobowiązania do świadczenia niemożliwego). Złożenie zatem oświadczenia co do wymaganych parametrów oferowanego sprzętu (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego) – nie może w tym stanie faktycznym prowadzić do uznania złożonego oświadczenia za nieprawdziwe (...). Skoro zatem Xcomp złożył Załącznik nr 4 do SWZ zgodnie z wymogiem UCK i potwierdził złożonym tam oświadczeniem, że oferowany przez niego sprzęt spełnia minimalne wymagania opisane przez Zamawiającego, a ponadto przedłożył Deklarację CE, to na poziomie formalnym zrealizował on warunki w zakresie potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganymi cechami opisanymi w SWZ.

Należy zauważyć, że Zamawiający – jak podkreślił w trakcie rozprawy – z daleko posuniętej ostrożności, m. in. na skutek pism Comarch kierowanych do UCK, w których Odwołujący wskazywał na zaistniałe jego zdaniem niezgodności treści oferty Xcomp (ale też oferty ncNET) z warunkami zamówienia, celem rozwiania wszelkich wątpliwości, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie czy podana na str. 6 oferty macierz OceanStor 5510 jest macierzą typu All Flash Array, tak jak tego wymaga OPZ, co Xcomp potwierdził. W piśmie z dnia 21 marca 2025 r. Xcomp wyjaśnił, że „(...) Huawei OceanStor 5510 występuje w dwóch wersjach: hybrydowej nazywanej Hybrid-flash oraz All Flash nazywanej Capacity Flash. Zaoferowana macierz to model Huawei OceanStor 5510 Capacity Flash Storage, czyli macierz typu All Flash, co potwierdziliśmy również w wyjaśnieniach z dnia 13.03.2025 r. podając szczegółowy model wraz z jego konfiguracją (...)”. Skład orzekający dokonał weryfikacji powyższych twierdzeń Przystępującego i ustalił, że informacje zawarte w wyjaśnieniach w zakresie zaoferowanej ceny z dnia 10 marca 2025 r. oraz w z załącznikami do tego pisma, które zostały zastrzeżone przez Xcomp w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa potwierdzają, iż zaoferowana przez Przystępującego macierz spełnia wymagania OPZ oraz że konfiguracja macierzy – Capacity Flash stanowiła przedmiot oferty otrzymanej przez Xcomp od Huawei i przygotowanej przed terminem składania ofert w Postępowaniu. Tym samym nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut z pkt 5 petitum odwołania dotyczący niedozwolonych w toku Postępowania negocjacji pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym i dokonania zmiany treści oferty. UCK uprawniony do wyjaśnienia treści oferty wystosował do Przystępującego zapytanie, na które Xcomp udzielił odpowiedzi. Nie doszło przy tym do insynuowanej zmiany oferty, gdyż – jak wskazano wyżej – Przystępujący zarówno na etapie oferty jak i na etapie wyjaśnień oferował to samo urządzenie, a więc macierz OceanStor 5510 w wersji Capacity Flash. Mając na uwadze całokształt przywołanych okoliczności należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż Xcomp zaoferował macierz, która nie spełnia wymogu z pkt 6 tabeli „Wymagania szczegółowe” Załącznika nr 4 do SWZ.

Dodatkowo nie można tracić z pola widzenia, że na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Xcomp złożył dowód z dokumentu w postaci pisma Huawei z dnia 30 kwietnia 2025 r., w którym producent ten oświadczył, iż macierz Huawei OceanStor 5510 występuje w dwóch wariantach, konfigurowanych w zależności od potrzeb klienta: Huawei OceanStor 5510 wariant „Hybrid Storage” oraz Huawei OceanStor 5510 wariant „Capacity Flash Storage”. Producent wskazał, że Huawei OceanStor 5510 wariant „Hybrid Storage” jest macierzą hybrydową obsługującą zarówno mechaniczne dyski obrotowe HDD (Hard Disc Drive) jak i dyski typu SSD (Solid State Drive), umożliwia zbudowanie zasobów dyskowych w oparciu o dyski typu SAS SSD, SAS, NL-SAS. Z kolei Huawei OceanStor 5510 wariant „Capacity Flash Storage”, jest macierzą All-Flash, obsługującą zasoby dyskowe tylko i wyłącznie w oparciu o dyski typu NVMe SSD. W szczególności nie obsługuje dysków HDD. Ponadto w rzeczonym piśmie Huawei potwierdził, że zgodnie z wymaganiami OPZ do Postępowania „firma Xcomp Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością otrzymała ofertę na macierz typu All-Flash Huawei OceanStor 5510 z dyskami typu NVMe SSD”. Co więcej, Przystępujący wraz z pismem procesowym z dnia 7 maja 2025 r. złożył karty katalogowe, z których obie dotyczą macierzy OceanStor 5510, z tym że pierwsza z nich odnosi się do wariantu „Capacity Flash Storage”, natomiast druga – „Hybrid Flash Storage Systems”. Jak wynika z tych dokumentów, macierz typu Hybrid-Flash umożliwia instalację zarówno dysków typu flash oraz HDD. Z kolei oferowana przez Przystępującego macierz w wersji Capacity Flash obsługuje tylko dyski typu flash i w pełni spełnia wymagania Zamawiającego opisane w Załączniku nr 4 do SWZ. Dokumenty te potwierdzają zatem – podobnie jak oświadczenie producenta Huawei z dnia 30 kwietnia 2025 r. – że macierz Huawei OceanStor 5510 występuje w dwóch wersjach jako Capacity Flash oraz w wersji hybrydowej. Znamienne jest, że Odwołujący w ogóle nie odniósł się do powyższych dowodów przedłożonych przez Przystępującego. Należy podkreślić, że uznanie, wbrew oświadczeniom i dokumentom złożonym przez Xcomp w Postępowaniu jak i w toku postępowania odwoławczego, że przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań stawianych w SWZ, wymagałoby uzyskania co do tego całkowitej pewności i nie może opierać się na dedukcji czy domysłach. W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, na podstawie którego można by przyjąć, że macierz zaoferowana przez

Xcomp nie spełnia wymogu z pkt 6 tabeli „Wymagania szczegółowe” Załącznika nr 4 do SWZ. W szczególności w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie jest wystarczające powoływanie się przez Comarch na wydruki ze strony internetowej producenta czy też wyciągi z konfiguratora, które stosowane są przez autoryzowanego dystrybutora i które nie stanowią kart katalogowych. Należy chociażby zauważyć, że informacje publikowane na stronach internetowych mogą zawierać pewne nieścisłości techniczne bądź też mogą być na nich wprowadzane okresowo zmiany, a zatem może zdarzyć się tak, że dane zawarte na stronach nie będą aktualne i zgodne z rzeczywistością. Tym samym Odwołujący w niniejszej sprawie nie podał ciężącemu na nim obowiązku wykazania zasadności stawianych zarzutów. Wymaga bowiem przypomnienia, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z kolei w myśl art. 535 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń bądź odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obciążenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą dowodów o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Postępowanie przed Izbą toczy się kontradyktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody, natomiast organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2857/21; por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 listopada 2007 r. o sygn. akt II CSK 293/07 oraz z dnia 16 grudnia 1997 r. o sygn. akt II UKN 406/97, a także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2025 r. o sygn. akt KIO 22/25 oraz wyrok Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 10 sierpnia 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 86/22).

Odnosząc się do zarzutów względem oferty ncNET również podlegały one oddaleniu. W zakresie oferty tego wykonawcy Comarch podniósł, że zaoferowana przez ncNET macierz nie spełnia wymagania z pkt 13 tabeli „Wymagania szczegółowe” Załącznika nr 4 do SWZ, tj. nie obsługuje wymaganych protokołów plikowych: NFS, CIFS i na tę okoliczność załączył do odwołania pismo przedstawiciela producenta macierzy ASA C800, firmy NetApp wraz z tłumaczeniem na język polski. Ponadto Odwołujący podniósł, że w jego ocenie wyjaśnieniami z dnia 25 marca 2025 r., w których ncNET oświadczył, iż zaoferował macierz AFF C800, wykonawca ten zmienił treść swojej oferty, z której jednoznacznie wynikało, że zaoferowana macierz to ASA C800. Ponadto Comarch uznał, że procedura uzupełnienia przez ncNET przedmiotowego środka dowodowego w postaci deklarację zgodności odbyła się z naruszeniem art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, a oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona bez jej przeprowadzenia. Zważywszy na to, że sytuacja faktyczna ncNET oraz Xcomp jest zasadniczo porównywalna, Izba nie będzie powielać argumentacji, w szczególności prawnej, szeroko przywołanej w odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty Przystępującego i uznaje, że ma ona zastosowanie również w przypadku oferty ncNET. Należy jedynie przypomnieć, że aby Zamawiający mógł odrzucić ofertę wykonawcy musi mieć pewność, że oferta ta faktycznie jest niezgodna z warunkami zamówienia. Na poziomie postępowania odwoławczego oznacza to, że powyższa okoliczność, czyli wykazanie, że urządzenie oferowane przez ncNET nie spełnia wymagań UCK zawartych w SWZ, musi być udowodniona przez Odwołującego. Zdaniem Izby Comarch nie sprostął temu obowiązku. Wymaga podkreślenia, że ncNET złożył podpisany Formularz parametrów technicznych – Załącznik nr 4 do SWZ, czym potwierdził, iż oferowana macierz spełnia minimalne warunki co do sprzętu postawione w Postępowaniu. 12 marca 2025 r. Zamawiający, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał ncNET do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci Certyfikatu lub Deklaracji CE – w języku polskim. W odpowiedzi na powyższe wezwanie ncNET przedłożył żadaną deklarację zgodności w języku polskim w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganymi cechami opisanymi w SWZ, która – podobnie jak w przypadku Xcomp – nie była kwestionowana merytorycznie przez Comarch. Następnie UKC – jak już wskazano w uzasadnieniu niniejszego wyroku – m. in. na skutek pism Comarch, dochowując należytej staranności i celem rozwiania wszelkich wątpliwości, pismem z dnia 24 marca 2025 r., na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał ncNET do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej wersji macierzy dyskowych. W wyjaśnieniach z dnia 25 marca 2025 r. ncNET potwierdził, że zaoferowana macierz to NetApp model: AFF C800, która spełnia wymogi opisane w Postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, że UCK w dokumentacji Postępowania nie wymagał wskazania przez wykonawcę modelu ani producenta ani jakichkolwiek danych oferowanego rozwiązania. Odwołujący wywodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia wyłącznie z dokumentu, który: po pierwsze – nie był wymagany przez Zamawiającego w Postępowaniu, po drugie: został złożony jedynie w języku angielskim, po trzecie – jest częścią większego dokumentu, w którym wymienione są różne wersje macierzy NetApp-1704, w tym m.in. AFF C800 oraz ASA C800, co czyni go niejednoznacznym. Wymaga podkreślenia, że zgodnie z art. 506 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. Z kolei w myśl art. 506 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeśli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania

odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Ze względu na powyższe uregulowania prawne, skoro Odwołujący na podstawie tego nieokreślonego dokumentu dokonał ustaleń faktycznych, z których wywodzi skutki prawne, winien był przedłożyć jego tłumaczenie na język polski. Tymczasem Comarch nie tylko nie złożył takiego dowodu, ale też w treści samego odwołania w ogóle nie nazywa tego dokumentu, wskazując lakonicznie, że „Wykonawca ncNET zaoferował macierz ASA C800, co jednoznacznie wynika z informacji zawartej na str. 14 oferty tego Wykonawcy (nazwa oferowanej macierzy jest wskazana w nagłówku tabeli na str. 14 oferty)”. Co znamienne, Comarch wraz z odwołaniem przedłożył dowody w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski zarówno w odniesieniu do oferty Xcomp jak i oferty ncNET, co świadczy o tym, że nie było przeszkód do sporządzenia takiego tłumaczenia i przedstawienia go w toku postępowania odwoławczego. Reasumując, Izba stwierdziła, że w okolicznościach faktycznych tej sprawy, Zamawiający w sposób uprawniony i zasadny wezwał ncNET do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, który został nieprawidłowo złożony wraz z ofertą. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp przedmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw m.in. z wymaganiami i cechami określonymi w OPZ. Innymi słowy, dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zatem w przypadku, gdy zamawiający żąda przedłożenia takich dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a wykonawca ich nie złoży lub są one niekompletne, zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. W konsekwencji dopiero brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Ponadto – wbrew twierdzeniom Odwołującego – pomiędzy UCK a ncNET nie doszło do niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty i zmiany jej treści. ncNET wyłącznie potwierdził oświadczenie co do minimalnych wymagań oferowanego rozwiązania, które złożył w Formularzu parametrów technicznych. Tym samym brak było podstaw do uznania, że UCK z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zaniechał odrzucenia oferty ncNET jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Kolejno Izba wskazuje, że zarzut z pkt 6 petitum odwołania w zakresie zaniechania udostępnienia Comarch wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 10 marca 2025 r. wraz z załącznikami do tego pisma zasługiwał na uwzględnienie.

W tym miejscu należy zauważyć, że art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Wyżej wymieniona zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 przytoczonego przepisu, który stanowi, że 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, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z przywołanego przepisu wynika, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej niżeli oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba podziela w tym zakresie ugruntowany pogląd wyrażany przez Krajową Izbę Odwoławczą zarówno na kanwie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp2004”) jak i aktualnie obowiązującej ustawy Pzp, zgodnie z którym użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia” (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21; z dnia 18 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 506/21; z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19, KIO 2288/19; z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22 oraz z dnia 27 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 674/23). Podobnie wypowiada się również Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych, który w swoich orzeczeniach wskazuje, że przewidziany przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm., dalej: „k.p.c.”) (zob. wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych: z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 oraz z dnia 24 lutego 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs

133/21; por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 24 listopada 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 87/21).

Następnie należy podkreślić, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. I tak zgodnie z wyżej wymienionym przepisem, 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. Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności. Innymi słowy, w sytuacji, gdy okaże się, że choć jedna z przywołanych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

W szczególności należy zauważyć, że przesłanka dotycząca wartości gospodarczej odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem każda informacja, o której mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczy przyjmuje się, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Ponadto przejawem wartości gospodarczej może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istnienie owej szkody musi mieć jednak wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie wykonawcy o wartości przekazywanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 28 lipca 2022 r. o sygn. akt KIO 1810/22, z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22, z dnia 29 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 720/21 oraz z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21). Jak bowiem stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 kwietnia 2023 r. o sygn. akt XXIII Zs 24/23: „(...) Subiektywne przekonanie wykonawcy, że dane informacje stanowią jego know-how, jest niewystarczające. Również samo oświadczenie o zastrzeżeniu danej informacji nie jest wystarczającym działaniem zmierzającym do zachowania danej informacji w poufności (...); (...) samo oświadczenie i deklaracja zastrzegającego w tym zakresie to zdecydowanie za mało, by uznać wymóg wykazania wartości gospodarczej lub charakteru informacji za spełniony. Zwłaszcza, że wartość gospodarcza musi mieć charakter obiektywny, oderwany od subiektywnej oceny i stanowiska zastrzegającego. Oczywistym jest bowiem, że wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, wypracowane przez lata działalności przez zastrzegającego, mają w jego ocenie wartość gospodarczą. Niemniej nie oznacza to, że z obiektywnego punktu widzenia mają one jakąkolwiek wartość dla innych podmiotów. Wykonawca powinien zatem wykazać, że takie informacje mogą być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać (...)” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21).

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, że powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Wobec powyższego należy przyjąć, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Każda spóźniona próba wykazania zasadności utajnienia danych informacji winna być zatem uznana za bezskuteczną, ponieważ ustawodawca nie pozostawił żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak wykazania w złożonym uzasadnieniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie uzasadnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem

tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z – przewidzianej przepisami ustawy Pzp – ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Co więcej, wymaga pokreślenia, że w przepisie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp mowa jest o informacji, a nie o dokumencie, a zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane (zob. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 lutego 2017 r. o sygn. akt KIO 242/17, KIO 258/17 oraz z dnia 26 października 2018 r. o sygn. akt KIO 2063/18). Innymi słowy zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Zamówień Publicznych tylko konkretne informacje mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a nie całe dokumenty. Jak bowiem stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 1 października 2021 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt XXIII Zs 53/21 „(...) Taka metodologia działania (...), tj. objęcie tajemnicą całego pisma, a nie konkretnych informacji była nieprawidłowa, pozostawiała bowiem nie tylko w sprzeczności z normą prawną z art. 8 sPzp (który dopuszcza zastrzeganie tylko informacji, a nie całych pism), ale też utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów (...) co do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w omawianym piśmie (...)” (por.: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 679/23, z dnia 8 lutego 2022 r. o sygn. akt KIO 197/22, z dnia 22 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 715/21 oraz z dnia 24 stycznia 2024 r. o sygn. akt KIO 10/24).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę niniejszej sprawy wskazać należy, że Przystępujący, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 u.z.n.k. W pierwszej kolejności wymaga zaznaczenia, że niezwykle istotna okoliczność dla rozstrzygnięcia poczynionego przez Izbę wynika z tego, że wykazanie przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi zostać Zamawiającemu przedstawione w momencie przekazania informacji objętych zastrzeżeniem, a zatem w okolicznościach przedmiotowej sprawy Xcomp powinien wykazać spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w momencie złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Tym samym uzupełnianie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa o nową argumentację przedstawioną w piśmie procesowym z dnia 7 maja 2025 r. oraz podczas rozprawy, należało uznać za spóźnione i z tych względów nie mogło zostać wzięte pod uwagę przy rozpoznaniu przedmiotowego odwołania. Mając na uwadze powyższe skład orzekający dokonując oceny tego, czy w Postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia przez UCK dokumentów zastrzeżonych przez Xcomp jako tajemnica przedsiębiorstwa, analizował treść pisma „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa” stanowiącego Załącznik nr 5 do wyjaśnień w sprawie ceny oferty z dnia 10 marca 2025 r., na podstawie którego Zamawiający badał zasadność i skuteczność zastrzeżenia rzeczonych wyjaśnień oraz Załączników nr 1-4.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia skład orzekający uznał, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowe i lakoniczne, zawiera w istocie jedynie frazesy, z których nie płyną żadne konkretne informacje wymagane art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Należy odnotować, że – jak trafnie podniósł Comarch w uzasadnieniu odwołania – Przystępujący zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa całe dokumenty, tj. pismo z dnia 10 marca 2025 r. wraz z Załącznikami nr 1-4, a nie jedynie określone informacje w nich zawarte, co – jak wynika z przywołanych powyżej wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Zamówień Publicznych – jest nieuzasadnione i sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Co do zasady powinny być bowiem objęte poszczególne informacje czy też dane, co do których wykonawca winien następnie wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w świetle przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk. Analiza treści „Uzasadnienia zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa” wskazuje, że ma ono charakter zwykłej sztamkowej deklaracji (zapewnienia) i z pewnością nie można w tym przypadku mówić o jakimkolwiek wykazaniu wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji. Wszelkie twierdzenia Przystępującego w tym zakresie zostały bowiem oparte o stwierdzenia natury ogólnej dotyczące możliwości uzyskania hipotetycznej i bliżej nieokreślonej przewagi konkurencyjnej przez innych wykonawców po zapoznaniu się z treścią zastrzeżonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników. Xcomp ograniczył się do wskazania, że: „(...) stosowane polityki cenowe oraz marża są wiedzą unikalną dla każdego z wykonawców, w tym dającą przewagę w stosunku do innych wykonawców – a w szczególności wpływającą na uzyskanie zamówienia (...); (...) informacje zawarte w wyżej wymienionych dokumentach mają charakter organizacyjny. Opisują bowiem precyzyjnie sposób, w jaki została przygotowana i policzona cena zawarta w ofercie. Informacje te de facto stanowią efekt negocjacji pomiędzy Wykonawcą a producentem i mają charakter poufny z uwagi na to, że uzyskane upusty zostały przyznane wyłącznie Wykonawcy. Udostępnienie tej

wiedzy innym, konkurującym wykonawcom mogłoby poczynić szkodę zarówno Wykonawcy jak i producentowi, gdyż inne podmioty domagałyby się podobnych upustów, co oczywiście pomniejszałoby możliwości ubiegania się przez Wykonawcę o inne zamówienia publiczne. Ujawnienie ww. informacji przez zamawiającego oznaczałoby przekazanie ich podmiotom, które nie uczestniczyły w procesie tworzenia strategii oferty, a jednak uzyskałyby dostęp do poziomów upustów objętych tajemnicą handlową, wypracowanych na przestrzeni całego okresu działalności firmy w drodze wieloletniej praktyki, co byłoby, niepowetowaną stratą o charakterze gospodarczym. Jednocześnie firma straciłaby również wieloletni trud i ogrom pracy włożony w wypracowane relacje jak również wiarygodność wobec partnerów handlowych, co być może nie da się określić wymiernym poziomem straty jednak z całą pewnością długofalowo implikowałoby pogorszenie sytuacji Wykonawcy (...); (...) Konkurencja uzyskując przewagę nad Wykonawcą bez konieczności ponoszenia kosztów jej budowania, poprzez wykorzystanie danych zastrzeżonych, uzyskałaby wymierne korzyści w postaci oszczędności w postaci uzyskania podobnych upustów, a w skrajnym przypadku także ze zwiększenia zysków z tytułu przejętych kontraktów (...); (...) W zakresie, w którym Wykonawca dysponuje wskazanymi warunkami, współpraca ta ma charakter trwały i w interesie Wykonawcy jest by nie została przerwana wskutek działań podmiotów konkurencyjnych. Wartość gospodarcza takiej informacji wyraża się więc także w trwałym związku Wykonawcy z producentem i jego dystrybucją (...). W tym miejscu należy podkreślić, że okoliczność, iż konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania, jakie są konieczne do poniesienia przez niego nakłady, czy też jaką marżę zastosował w tym konkretnym postępowaniu, nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Xcomp i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, poddostawców czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Przystępujący musiałby wykazać, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców informacji o poziomach przyznanych upustów, ofertach od poddostawców, nazwie poddostawców i sposobie kalkulacji ceny, składanych na potrzeby tego Postępowania i pod jego wymagania określone przez Zamawiającego miałyby spowodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałyby wynikać. Sam fakt, że inny wykonawcy poznaliby jakie upusty Xcomp uzyskuje od poddostawców, nie oznacza automatycznie, że w każdym przypadku wykonawcy ci otrzymaliby podobne rabaty, co w efekcie – jak podniósł Przystępujący – miałyby zagrażać jego pozycji na rynku. Oczywistym jest bowiem, że konkretne, wypracowane relacje handlowe pomiędzy przedsiębiorcami są co do zasady efektem długoletniej współpracy stron i ma na nie wpływ szereg indywidualnych czynników, jak chociażby obrót jaki generuje wykonawca sprzedając z sukcesem produkty określonego producenta. Innymi słowy, indywidualne relacje handlowe poszczególnych podmiotów z dostawcami nie muszą być tożsame. Ponadto twierdzenia Przystępującego, że ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby zniweczyć dobre relacje handlowe z poddostawcami, poprzez odmowę udzielenia rabatów na tym poziomie w przyszłości, są całkowicie gołosłowne. Izba zwróciła uwagę, że w treści „Uzasadnienia zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa” Xcomp wskazał, iż „(...) Wykonawca został zobowiązany przez dostawcę do zachowania danych w poufności (...)”, jednakże – co znamienne – w przedłożonych przez Przystępującego ofertach kontrahentów brak jest jakichkolwiek adnotacji świadczących o tym, że podmioty te zobowiązały Xcomp do zachowania w poufności informacji zawartych w ofertach. Przystępujący nie przedłożył również żadnych umów z tymi podmiotami, które np. zawierałyby klauzule stanowiące, że kontrahenci traktują informacje o współpracy z wykonawcą i jej zasadach jako dane, które wymagają szczególnej ochrony przed ujawnieniem, w tym że podjęli niezbędne środki celem zachowania w poufności informacji, które ich dotyczą, a wykonawca poniesie konkretne konsekwencje z tytułu ich ujawnienia. Powyższe jedynie potwierdza, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostało przygotowane starannie, w tym nie zostało zindywidualizowane do zakresu informacji objętych poufnością. W ocenie składu orzekającego dopiero po wykazaniu, że również kontrahenci Xcomp podjęli niezbędne środki celem zachowania w poufności informacji, które ich dotyczą, można byłoby w sposób obiektywny stwierdzić, czy w stosunku do zastrzeżonych informacji rzeczywiście podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Inaczej mówiąc, aby powoływanie się na konieczność utajnienia danych dotyczących podmiotów współpracujących oraz wszelkich udostępnianych informacji było skuteczne, należałoby podać istotne przyczyny takiego utajnienia. Mając na uwadze powyższe okoliczności zasadne jest wskazanie, że Przystępujący zastrzegając w całości treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z Załącznikami nr 1-4, a nie jedynie poszczególne dane i przedstawiając ogólne, lakoniczne uzasadnienie, sam pozbawił się ochrony tych informacji. Wymaga podkreślenia, że Przystępujący powinien mieć pełną świadomość, z czym wiąże się udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności, że zasadą tego postępowania jest jawność. Podobnie świadomość taką powinien mieć UCK, którego zadaniem było należycie zweryfikować zakres zastrzeżonych informacji. Jak wskazał TSUE w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. o sygn. akt C-54/21, instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter. Tym samym 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). Izba podziela w całości pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 20 marca 2023 r. KIO 623/23, w którym Izba stwierdziła: „(...) Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z PrZamPubl jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających (...). W ocenie składu orzekającego nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie Xcomp nie podołał wykazaniu obiektywnego znaczenia gospodarczego zastrzeganych informacji. Jak wskazano powyżej, wartość gospodarcza winna mieć wymiar obiektywny, a więc samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania i nie może służyć do ukrycia przed konkurencją informacji, które w niniejszym Postępowaniu dotyczą kalkulacji ceny oferty.

Ponadto wymaga zaznaczenia, że Przystępujący nie wykazał w sposób wystarczający, że zastrzegane informacje nie są powszechnie znane wśród osób zajmujących się tego rodzaju informacjami lub, że nie są łatwo dostępne dla takich osób, ani faktycznego podjęcia działań w celu utrzymania ich w poufności. Xcomp ograniczył się bowiem do wskazania, że w jego przedsiębiorstwie został wdrożony certyfikat ISO 27001 dotyczący bezpieczeństwa informacji, co jest gwarantem zachowania danych stanowiących tajemnicę w poufności i załączenia rzeczowego certyfikatu do „Uzasadnienia zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa”, natomiast szczegółową argumentację w zakresie charakteru tego certyfikatu przedstawił dopiero w piśmie procesowym z dnia 7 maja 2025 r. Co prawda Przystępujący w dalszej części pisma z dnia 10 marca 2025 r. nadmienił, że „(...) wszyscy pracownicy i współpracownicy biorący udział w przygotowaniu oferty związani są klauzulami o zachowaniu poufności (...), jednak – jak słusznie podniósł Comarch w uzasadnieniu odwołania – Xcomp poprzestał w tym zakresie jedynie na głoślowych twierdzeniach, gdyż nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że dostęp do zastrzeżonych informacji posiada ograniczone grono osób oraz że podejmuje działania prowadzące do utrzymania zastrzeżonych informacji w tajemnicy przez osoby biorące udział w konstruowaniu oferty (np. zobowiązań do zachowania poufności osób posiadających dostęp do informacji poufnych). Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, zgodnie z którym „(...) Kwestia poparcia zastrzeżenia dowodami ma niewątpliwie niezwykle istotne znaczenie dla oceny skutecznego wykazania przez wykonawcę posiadania przez określone informację waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać, że wykonawca dokonał wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń, a przedstawienie tego rodzaju dowodów nie stanowiło dla wykonawcy żadnych trudności – tak jest w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności (...)” (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 listopada 2020 r. o sygn. akt KIO 2290/20; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 674/22). Wobec powyższego, w ocenie Izby, Xcomp nie zdołał wykazać, że podjął adekwatne środki w celu zachowania poufności w jego przedsiębiorstwie w odniesieniu do konkretnych informacji zawartych w treści zastrzeżonych dokumentów.

Reasumując, zgodzić się należy z Odwołującym, że Przystępujący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia

informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 10 marca 2025 r. oraz w Załącznikach nr 1-4 do tego pisma, a ocena skuteczności zastrzeżeń dokonana przez UCK była w tym zakresie powierzchowna.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w związku z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej: „Rozporządzenie w sprawie kosztów”).

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie kosztów w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie kosztów w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Z kolei zgodnie z pkt 2 tego przepisu Izba rozdziela koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

W przedmiotowej sprawie Izba rozdzieliła wpis stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Koszty wynagrodzenia pełnomocników Izba na podstawie § 7 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie kosztów zniosła wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym.

Przewodnicząca:.....