Sygn. akt: KIO 134/26

Warszawa, dnia 6 marca 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Elżbieta Dobrenko
M.J.

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2026 r. przez wykonawcę **Integrity Partners sp. z o.o., ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa**,

w postępowaniu prowadzonym przez: **Centrum Informatyki Resortu Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom,**

przy udziale uczestników:

1)wykonawcy **IT Solution Factor sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 98, 00-807 Warszawa** - po stronie odwołującego,

2)wykonawcy **Nomios Poland sp. z o.o., ul. Puławska 537, 02-844 Warszawa** – po stronie zamawiającego,

3)wykonawcy **Trafford IT sp. z o.o. sp.k.**, **ul. Taneczna 18**, **02-829 Warszawa** – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**oddala odwołanie**,

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. 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.

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:……

...……

……

Sygn. akt: KIO 134/26

UZASADNIENIE

Zamawiający – Centrum Informatyki Resortu Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Dostawa Oprogramowania antywirusowego do ochrony stacji i serwerów online Resortu Finansów", numer referencyjny: PN/59/25/HGEA. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.09.2025 r., nr 184/2025 629082-2025.

W dniu 09.01.2026 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Integrity Partners sp. z o.o., ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa (dalej: „Odwołujący"), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust.1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", w zw. z pkt 5.13 - 5.16 OPZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Nomios Poland sp. z o.o., podczas gdy oferowane przez niego oprogramowanie nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie formatów plików instalacyjnych (instalatorów) oprogramowania, które zostały określone w pkt 5.13 - 5.16 OPZ,

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z pkt 8.2.4 ppkt 1) SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Nomios, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, o którym mowa w pkt 8.2.4 ppkt 1) SWZ oraz nie przedłożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających jego spełnienie,

3)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Nomios jako najkorzystniejszej dokonany w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp oraz nie na podstawie kryteriów oceny ofert obowiązujących w postępowaniu i z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podczas gdy oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona z postępowania z uwagi na okoliczności objęte zarzutem nr 1 i 2,

4)art. 226 ust.1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z pkt 5.19 OPZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Trafford IT sp. z o.o. sp.k., podczas gdy oferowane przez tego wykonawcę oprogramowanie nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie ochrony agentowej polegającej na blokowaniu dostępu do ustawień dostarczanego oprogramowania, które zostały określone w pkt 5.19 OPZ,

5)ewentualnie - art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk", w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia pełnej treści wyjaśnień oraz dowodów złożonych przez Trafford w zakresie zaoferowanej ceny, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek niezbędnych dla ich skutecznego

zastrzeżenia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3)odrzucenia oferty Nomios i Trafford,

4)dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

5)ewentualnie - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 3 skutkującego odrzuceniem oferty Trafford - ujawnienia pełnej treści wyjaśnień oraz dowodów złożonych przez Trafford w zakresie zaoferowanej ceny.

Następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego:

1)IT Solution Factor sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 98, 00-807 Warszawa po stronie odwołującego,

2)Nomios Poland sp. z o.o., ul. Puławska 537, 02-844 Warszawa po stronie zamawiającego,

3)Trafford IT sp. z o.o. sp.k., ul. Taneczna 18, 02-829 Warszawa po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że przystąpienia wszystkich wykonawców zostały dokonane skutecznie.

W dniu 24.02.2026 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W tym samym dniu Przystępujący Nomios Poland sp. z o.o. oraz Przystępujący Trafford IT sp. z o.o. sp.k. przekazali pisemnie swoje stanowiska, również wnosząc o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Nomios z powodu niezgodności z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z pkt 5.15. i pkt 5.16. OPZ:

Ochrona agentowa musi posiadać:

5.15 instalator w następujących formatach: MSI 32 i 64 bit dla systemu operacyjnego Microsoft Windows;

5.16 instalator w formacie: RPM x86 64 bit, DEB x86 64 bit dla systemu operacyjnego Linux.

Przystępujący Nomios wskazał w ofercie oprogramowanie: Falcon Endpoint Protection Enterprise.

W dniu 27.11.2025 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego Nomios do złożenia wyjaśnień:

„Zamawiający weryfikując oferty ustalił, że zaoferowane przez wykonawców Oprogramowanie nie posiada instalatora w formatach MSI 32 i 64 bit dla systemu operacyjnego MS Windows, a jedynie dostępny jest instalator w formacie .exe.Z dokumentów dostępnych na stronie internetowej producenta wynika, że konwersja formatu .exe na MSI instalatora Oprogramowania nie jest wspierana przez producenta. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający zwraca się do wykonawców o wyjaśnienie w jaki sposób zaoferowane Oprogramowanie zapewni realizację wymagań funkcjonalnych określonych przez Zamawiającego w ppkt 5.15. i 5.16, pkt 5, Rozdział II OPZ. (…)"

W dniu 04.12.2025 r. Przystępujący Nomios odpowiedział:

„1. Wykonawca zamierza dostarczyć plik MSI który wywołuje oficjalny Instalator producenta. Dostarczany plik MSI nie jest konwersją instalatora, a jedynie jego inicjalizatorem, czyli doprowadza do wywołania oficjalnego instalatora producenta bez ingerencji w jego zawartość. Dodatkowo plik MSI będzie dostępny do pobrania bezpośrednio w konsoli zarządzania rozwiązania Falcon Crowdstrike. Poniżej przykład implementacji instalatora w formacie MSI do pobrania w konsoli Crowdstrike. (…)

Producent rozwiązania dostarcza bezpośrednio w konsoli zarządzającej instalatory dla wielu różnych dystrybucji i architektury systemu LINUX.

Instalatory dla systemu Linux są dostępne zarówno w formacie RPM jak i DEB np. falcon-sensor-7.31.0-18410.el9.x86_64.rpm i falcon-sensor_7.31.0-18410_amd64.deb. Dla formatu RPM jest instalator dedykowany dystrybucji RedHat (…) Potwierdzeniem dla formatu DEB jest instalator dedykowany dystrybucji Debian (falcon-sensor_7.31.0-18410_ amd64.deb). Dopisek "AMD64" w nazwie określa architekturę x86-64 zgodnie z https://pl.wikipedia.org/wiki/X86-64 (...) Zatem powyższe wyjaśnienia potwierdzają, że określone w ppkt 5.15 i 5.16 w pkt 5,

Rozdział II OPZ są spełnione".

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że problem objęty zarzutem odwołania wynika z tego, że rozwiązanie oferowane przez Przystępującego Nomios polega nie na bezpośrednim zastosowaniu pliku MSI jako instalatora, ale na tym, że plik MSI jako „inicjalizator" ma uruchomić plik w formacie .exe, który dopiero dokonuje instalacji. Odwołujący uznaje to za obejście wymogu określonego w pkt 5.15. OPZ i w efekcie za niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła przede wszystkim, że Zamawiającywymagał w pkt 51.5. OPZ instalatora w formatach MSI 32 i 64 bit, ale nie zdefiniował pojęcia „instalator". Tym samym w oparciu o postanowienia OPZ nie można jednoznacznie stwierdzić, czy plik MSI musi być bezpośrednim instalatorem oprogramowania czy wystarczy, aby był instalatorem pośrednim („inicjalizatorem"), czyli plikiem wywołującym działania innego pliku dokonującego instalacji. Wobec braku jasnej definicji „instalatora" zastosowanie znajduje zasada interpretacji postanowień SWZ (w tym wypadku Tomu III SWZ - OPZ) na korzyść wykonawcy (por. wyrok KIO 1994/17 z 10.10.2017 r.). Oznacza to, że nie można odrzucić oferty Przystępującego Nomios jako niezgodnej z warunkami zamówienia, skoro warunek zamówienia (pkt 5.15. OPZ ani żaden inny) nie zakazywał zastosowania pliku MSI jako narzędzia pośredniego, tj. uruchamiającego plik .exe w celu dokonania instalacji.

Powyższe wynika także z tego, że oferowane przez Przystępującego Nomios rozwiązanie w istocie zaspokaja potrzeby Zamawiającego, który podkreśla zresztą, że pkt 5.15. OPZ znajduje się w Rozdziale II zatytułowanym: „Wymagania funkcjonalne dla Oprogramowania antywirusowego dla Resortu Finansów w zakresie zamówienia podstawowego i zamówienia z prawa opcji". Skoro ww. wymóg ma być spełniony w sensie funkcjonalnym, to nie można stwierdzić, że oferowane rozwiązanie jest niezgodne z pkt 5.15. OPZ, bo funkcjonalnie zapewnia uzyskanie takiego efektu, o jaki chodziło Zamawiającemu.

Izba nie zgodziła się też z Odwołującym, że już w wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający *„sam przyjął, że istnienie wyłącznie instalatora .exe nie spełnia wymagania określonego w pkt 5.15 OPZ, a próby „obejścia" poprzez konwersję / przepakowanie instalatora są problematyczne ze względu na brak wsparcia producenta*". Zamawiający wyjaśnił, że wezwanie wynikało z faktu skierowania przez Odwołującego pisma w tej sprawie, którego Zamawiający nie chciał całkowicie zignorować. Niemniej jednak Izba zauważa, że nawet w tymże wezwaniu Zamawiający pytał o sposób zapewnienia realizacji „wymagań funkcjonalnych", co ponownie potwierdza konieczność oceny spełniania wymogu pod względem funkcjonalnym. W tym kontekście nie można też uznać, że wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego Nomios potwierdzają niezgodność jego oferty z pkt 5.15. OPZ, skoro funkcjonalnie zastosowanie pliku MSI uruchamiającego plik w formacie .exe. doprowadzi do wymaganej instalacji. Przystępujący przedstawił także w ww. wyjaśnieniach, w jaki sposób powyższy proces będzie przebiegał wskazując, że plik MSI będzie dostępny do pobrania bezpośrednio w konsoli zarządzania rozwiązania Falcon Crowdstrike ipokazując na zrzutach ekranu przykład implementacji instalatora w formacie MSI do pobrania w konsoli Crowdstrike. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego Nomios jako niezgodnej z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) i oddaliła odwołanie w zakresie tego zarzutu.

Izba oddaliła także wnioski dowodowe:

- złożone przez Przystępującego Nomios w postaci filmików i opisu nagrań, ponieważ stanowią one w istocie rozszerzenie argumentacji przedstawionej w wyjaśnieniach z 04.12.2025 r., podczas gdy badanie oferty przez Zamawiającego oparte było na ww. wyjaśnieniach, a nie na dodatkowych filmikach przedstawiających sposób instalacji sensora CrowdStrike Falcon i proces pobrania instalatora w formacie MSI z poziomu konsoli rozwiązania,
- złożone przez Odwołującego w postaci dokumentacji producenta i złożone przez Przystępującego Nomios jako kontrdowód w postaci korespondencji mailowej z producentem, ponieważ dowody te zostały złożone na okoliczność, że rozwiązanie oferowane przez Przystępującego Nomios nie jest wspierane przez producenta, która to okoliczność w ogóle nie była sporna (a dodatkowo nie została też podniesiona jako zarzut w odwołaniu).

<u>Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Nomios z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.</u>

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez

podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Zgodnie z § 6 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452):

1. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej „dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania", zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami", jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

2. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp:

1.Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1)wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2)zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

W pkt 8.2.4.1) SWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie dostawy oprogramowania antywirusowego do ochrony stacji roboczych i serwerów dla co najmniej 4 000 użytkowników w każdej z dostaw wraz z ich wdrożeniem. Przez jedną dostawę rozumie się dostawę realizowaną w ramach jednej umowy. Przez wdrożenie Zamawiający rozumie: instalację, konfigurację oprogramowania i jego integrację z istniejącymi systemami podmiotu, dla którego dokonywane było wdrożenie oprogramowania antywirusowego do ochrony stacji roboczych i serwerów.

W dniu 15.12.2025 r. Przystępujący Nomios złożył m.in. wykaz dostaw, w którym wskazał:

1)dostawę dla PZU S.A. realizowaną w okresie 16.12.2019 – 30.04.2024, dla której dołączył referencje,

2)dostawę dla Dr Max BDC s.r.o.realizowaną od 30.08.2024 i trwającą nadal w zakresie wsparcia dostawcy (dostawa i wdrożenie zostały zakończone), dla której dołączył oświadczenie własne i korespondencję mailową z Dr Max BDC s.r.o.

W dniu 19.12.2025 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego Nomios do „uzupełnienia Wykazu dostaw":

„*1. w wierszu 2 dostawę oprogramowania antywirusowego do ochrony stacji roboczych i serwerów wraz z ich wdrożeniem*

nas rzecz Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń S.A. Wykonawca określił okres realizacji: początek - 16.12.2019, koniec - 30.04.2024. Z załączonych referencji z dnia 07.11.2025, Nr pisma: BZU/474/2025, wynika, że Wykonawca w okresie od 16.12.2019 roku do 30.04.2024 roku świadczył usługę utrzymania, autoryzacji i rozwoju systemu AV_EDR do ochrony przed szkodliwym oprogramowaniem. W ramach umowy wykonano dostawę systemu (oprogramowanie oraz niezbędne urządzenia) oraz zapewniono wsparcie producenta dla oprogramowania i urządzeń dla ponad 17 000 użytkowników. Z powyższego wynika, że wykonawca w Wykazie dostaw w kolumnie Okres realizacji koniec dzień/ miesiąc/ rok wskazał datę zakończenia całej umowy, która obejmowała nie tylko dostawę oprogramowania wraz z wdrożeniem, ale również utrzymanie, autoryzację i rozwój systemu AV_EDR.

1.w wierszu 3 dostawę oprogramowania antywirusowego do ochrony stacji roboczych i serwerów wraz z ich wdrożeniem nas rzecz klienta, którego nazwa została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca określił okres realizacji: początek – 30.08.2024, koniec – „Trwa w zakresie wsparcia dostawcy (dostawa i wdrożenie zostały zakończone)". Z maila z 15.12.2025 r. od podmiotu, na rzecz którego wykonana była dostawa, który potwierdza jej należyte wykonanie, wynika że dostawa oprogramowania z wdrożeniem została już zrealizowana.

Biorą pod uwagę powyższe, Zamawiający wzywa do uzupełnienia Wykazu dostawa, poprzez wskazanie w wierszu 2 i 3, w kolumnie Okres realizacji koniec dzień/ miesiąc/ rok, dat zakończenia dostaw oprogramowania wraz z wdrożeniem w ramach wskazanych w Wykazie dostaw umów.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (tj. w okresie od 20.10.2022 r. do 20.10.2025 r.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (…). Zamawiający informuję, że w przypadku, gdyby daty zakończenia dostaw wskazanych w Wykazie nie mieściły się w ww. okresie, wykonawca jest uprawniony w ramach uzupełnia Wykazu dostaw do wskazania na potwierdzenie spełnienia warunku innych dostaw".

W dniu 29.12.2025 r. Przystępujący Nomios złożył nowy wykaz dostaw, w którym:

1)w przypadku dostawy dla PZU S.A. dopisał końcowe daty: 20.12.2019 r. – dostawa, 15.05.2020 r. – wdrożenie, 30.04.2024 r. - cała umowa zakończona,

2)w przypadku dostawy dla Dr Max BDC s.r.o.dopisał końcowe daty: 30.09.2024 r. – dostawa, 22.01.2025 r. - wdrożenie, cała umowa trwa nadal w zakresie wsparcia,

3)dopisał dostawę dla Comp S.A. realizowaną w okresie: 27.12.2024 r. – dostawa, 30.12.2024 r. – wdrożenie, cała umowa trwa nadal w zakresie wsparcia i załączył dla tej dostawy referencje,

4)dopisał dostawę dla Sieci Badawczej Łukasiewicz – Instytut Lotnictwa realizowaną w okresie: 27.06.2024 r. – dostawa, 23.07.2024 r. – wdrożenie, 26.06.2025 r. – cała umowa zakończona i załączył dla tej dostawy wiadomość mailową do Sieci Badawczej Łukasiewicz – Instytut Lotnictwa, protokół odbioru dostawy, protokół odbioru wdrożenia i oświadczenie własne.

W związku z zarzutami odwołania Izba w pierwszej kolejności odniesie się do tych dostaw wskazanych przez Przystępującego Nomios, które nie mogą być uznane za zgodne z opisem warunku udziału w postępowaniu.

Co do dostawy realizowanej na rzecz PZU S.A. (poz. 1) nie było sporne między Stronami, że nie może być ona uznana za spełniającą ww. warunek, ponieważ dostawa i wdrożenie zakończyły się odpowiednio w 2019 r. i w 2020 r., co nie mieści się w wymaganym okresie: 20.10.2022 r. - 20.10.2025 r.

Co do dostawy realizowanej na rzecz Comp S.A. (poz. 3) Odwołujący podniósł dwa zarzuty dotyczące: zakresu wykonania przez Przystępującego Nomios wdrożenia systemu oraz formy dołączonej do wykazu referencji. Odnosząc się do pierwszej z ww. kwestii, należy zauważyć, że rzeczywiście w referencji wskazano, że spółka Nomios Poland: „*uczestniczyła we wdrożeniu systemu klasy EDR jako podwykonawca*", co mogłoby sugerować, że Przystępujący wykonał prace wdrożeniowe jedynie częściowo. Ale nie można pominąć, że w tych samych referencjach jest też napisane, że: „*Zakres realizacji obejmował dostarczenie i uruchomienie systemu opartego na platformie CrowdStrike Falcon. Prace wdrożeniowe zostały zrealizowane terminowo (…)*" – zatem ta część referencji odnosi się już do całości prac. Przede wszystkim jednak należy pamiętać, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, Izby, referencje służą potwierdzeniu tego, że dane zadanie zostało wykonane należycie, natomiast potwierdzeniu informacji o zakresie tego zadania, terminie jego wykonania czy innych jego cechach służy wykaz dostaw/usług/robót. Oczywiście w przypadku ewidentnej sprzeczności między treścią wykazu a treścią referencji, zamawiający nie mogą opierać się wyłącznie na informacjach zawartych w wykazie i powinni podejmować działania w celu wyjaśnienia rzeczywistego stanu rzeczy, ale taka sytuacja nie ma miejsca w niniejszej sprawie. Jak wskazano już wyżej, w treści ww. referencji Comp S.A. pisze także o całości „uruchomienia systemu" i „prac wdrożeniowych", więc jednostkowe sformułowanie o „uczestniczeniu we wdrożeniu" nie daje podstaw do podważania informacji zawartych w wykazie dostaw, gdzie Przystępujący Nomios wpisał dostawę dla Comp S.A. jako obejmującą wdrożenie systemu (czyli tak jak we wszystkich innych pozycjach wykazu). Już tylko na marginesie Izba wskazuje, że z pisma Comp S.A. wyjaśniającego treść ww. referencji i dołączonego do pisma

procesowego Przystępującego Nomios wynika, że „*firma Nomios Poland sp. z o.o. dostarczyła oraz w całości wdrożyła dostarczony system klasy EDR jako podwykonawca COMP S.A*", zatem dowód ten potwierdza informacje zawarte w wykazie dostaw i w samych referencjach.

Izba nie podzieliła też stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym: „*Realizacja przez Nomios wszystkich prac wymaganych przez Zamawiającego jest tym bardziej wątpliwa, że zgodnie z informacjami podanymi przez Nomios w Uzupełnionym wykazie dostaw, umowa z COMP S.A. została podpisana 20 grudnia 2024 r., dostawa oprogramowania nastąpiła 27 grudnia 2024 r., zaś wdrożenie zostało zakończone 30 grudnia 2024 r. Należy przy tym zauważyć, że dzień 27 grudnia 2024 r. przypadał na piątek, zaś 30 grudnia 2024 r. na poniedziałek, co oznacza, że wdrożenie musiałby nastąpić w okresie weekendowym i dodatkowo w okresie świąteczno-noworocznym*". Sam fakt, że zgodnie z ww. datami okres wdrożenia musiałby być krótki i wdrożenie musiałoby być wykonywane w dniach wolnych od pracy, nie jest wystarczający do podważenia spełniania warunku przez Przystępującego Nomios, bo wyjątkowo z powodu presji czasu takie sytuacje mogą się zdarzać (nie byłby to jedyny znany Izbie przypadek, gdy trzeba pilnie pracować w święta). Co najwyżej sytuacja ta mogłaby być przedmiotem wezwania do złożenia wyjaśnień, jeżeli budziłaby wątpliwości Zamawiającego. Przy czym ponownie jedynie na marginesie Izba wskazuje, że Przystępujący Nomios złożył jako dowód pismo od spółki Warta S.A. (odbiorca końcowy dostawy), z którego wynika, że dostawa i wdrożenie były realizowane w istocie od 04.12.2024 r., czyli przed formalnym zawarciem umowy.

Odrębnym problemem w przypadku referencji od Comp S.A. jest jednak ich forma. Referencje te są bowiem dokumentem w formacie PDF, do którego został „wklejony" podpis osoby występującej z ramienia Comp S.A. W tym miejscu należy zauważyć, że rozporządzenie w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie przewiduje w § 6 ust. 1 i ust. 2 dwie formy składania podmiotowych środków dowodowych wystawionych przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca:

- jako dokument elektroniczny - wtedy przekazuje się zamawiającemu ten dokument,
- jako dokument w postaci papierowej - wtedy przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (w przypadku postępowań o wartości przekraczającej progi unijne).

Ww. referencje nie zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej, zatem należy odpowiedzieć na pytanie, czy są one dokumentem elektronicznym i czy w efekcie dopuszczalne było przekazanie ich Zamawiającemu w takiej formie, w jakiej Przystępujący Nomios prawdopodobnie otrzymał je od Comp S.A., tj. zgodnie z § 6 ust. 1 ww. rozporządzenia. Rozporządzenie to w § 1 pkt 1 w zakresie dokumentu elektronicznego odsyła do art. 3 pkt 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23.07.2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (tzw. rozporządzenia e-IDAS), w myśl którego „dokument elektroniczny" oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Nie można przy tym pomijać art. 78^1 § 1 kc, zgodnie z którym do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z przytoczonych przepisów wynika zatem, że dokumentem elektronicznym jest każda treść przechowywana w postaci elektronicznej, natomiast dla zachowania formy elektronicznej konieczne jest jeszcze opatrzenie dokumentu w postaci elektronicznej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W tym miejscu należy jednak zwrócić uwagę na szczególny charakter podmiotowego środka dowodowego, jakim są referencje bądź inne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie danego zadania. Aby dokumenty te mogły potwierdzać, jak dane zadanie zostało wykonane, niezbędny jest podpis osoby występującej w imieniu podmiotu, na rzecz którego dostawy/usługi/roboty były wykonywane. W przeciwnym wypadku, tj. braku takiego podpisu, złożone referencje nie będą mogły potwierdzać czegokolwiek i w istocie ich złożenie pozbawione będzie sensu. Dlatego w przypadku składania referencji w postaci elektronicznej niezbędne jest opatrzenie ich także podpisem elektronicznym właściwej osoby ze strony odbiorcy dostawy/usługi/roboty, aby mogły one spełniać swoją funkcję.

W tej sprawie referencje dotyczące dostawy realizowanej dla Comp S.A. nie zawierają podpisu elektronicznego żadnej osoby, ponieważ za taki podpis nie może być uznany wklejony „obrazek" odręcznego podpisu. Słusznie zatem wskazał Odwołujący, że: „*Referencja ta nie została bowiem sporządzona w formie papierowej z odręcznym podpisem, ani w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym*". Forma ww. referencji jest więc niewłaściwa i z tego powodu nie może ona skutecznie potwierdzać należytego wykonania dostawy przez Przystępującego Nomios na rzecz Comp S.A.

Podobny przypadek złożenia dokumentu z „wklejonym podpisem" był już rozpoznawany przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 907/24. W wyroku z dnia 08.04.2024 r. Izba stwierdziła: „*Przystępujący przyznał, że Potwierdzenie realizacji umowy zostało sporządzone w formie elektronicznej i że nie zostało opatrzone podpisem elektronicznym osoby*

działającej w imieniu spółki będącej jego wystawcą. Nie kwestionował również, że uwidoczniony w nim podpis „odręczny" Prezesa Zarządu tej spółki oraz pieczątka zostały do pliku wklejone jako elementy graficzne. Powyższe oznacza, że referencje nie zostały podpisane przez ich autora. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, który kwestionował konieczność opatrzenia dokumentu elektronicznego jakimkolwiek podpisem. Zauważenia wymaga, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, a brak podpisu powoduje, że trudno im przypisać cechy oświadczenia. Taki niepodpisany tekst nie posiada walorów dowodowych, nie da się bowiem ustalić, że osoba wskazana w jego treści faktycznie złożyła takie oświadczenie. Co więcej, w ogóle nie jest możliwe ustalenie osoby, od której takie oświadczenie pochodzi. Jak wynika z przedstawionych przez Odwołującego ekspertyz – na podstawie informacji zawartych w dokumencie nie jest możliwe ustalenie osoby, która go wytworzyła. Plik o takiej treści mógłby więc być przygotowany przez każdą inną osobę, która umieściła w nim nazwę spółki i dokleiła znaki graficzne stanowiące odwzorowanie podpisu i pieczątki. Wobec powyższego trudno zgodzić się z Przystępującym, który brak potrzeby podpisania referencji wywodził z § 10 ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych, który wśród wymagań dla dokumentów elektronicznych nie wymienia podpisu. Takie stanowisko nie uwzględnia charakteru referencji, które są oświadczeniem wiedzy konkretnych osób, a brak podpisu powoduje brak walorów dowodowych takiego dokumentu. (…) W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie przedstawił prawidłowego podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia wskazanego w wykazie, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp (…)" Wyrok ten został zaskarżony do Sądu Okręgowego w Warszawie, który oddalając skargę w wyroku z dnia 19.06.2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 73/24 stwierdził: *„Przechodząc do wiarygodności i mocy dowodowej, to należy z całą stanowczością podzielić stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż dokument w postaci oświadczenia Prezesa (...)sp. z o.o. budzi uzasadnione wątpliwości. Jest to dokument elektroniczny z wklejonym faksymile Pana J. K.. Nie zawiera własnoręcznego podpisu ani podpisu elektronicznego. Natomiast z właściwości pliku, czego Skarżący nie kwestionował, nie można jednoznacznie stwierdzić, kto jest jego autorem. Sąd Okręgowy zgadza się ze Skarżącym, że referencje mogą stanowić dowód określonego faktu, na przykład dowód wykonania w sposób prawidłowy określonego zadania w sytuacji kiedy ma się pewność, że referencje zostały podpisane przez odbiorcę usług i co więcej w sytuacji kiedy jest to jedyny dowód mający wykazać, że wykonawca spełnia określone warunki udziału w postępowaniu. Zatem referencje co do zasady mogą być dowodem, ale nie w sytuacji kiedy budzą wątpliwości w aspekcie, kto jest autorem takich referencji i w sytuacji kiedy jest to de facto jedyny pozytywny dowód, który ma wskazywać, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, a pozostały materiał dowodowy nie pokrywa się z treścią referencji w całej rozciągłości. (…) Należy zgodzić się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, a brak podpisu powoduje, że trudno im przypisać cechy oświadczenia. Nie sposób bowiem ustalić, czy osoba wskazana w jego treści faktycznie złożyła takie oświadczenie. Co więcej, jak wynika z przedstawionych przez Odwołującego ekspertyz – na podstawie informacji zawartych w dokumencie nie jest możliwe ustalenie osoby, która go wytworzyła. Plik o takiej treści mógłby więc być przygotowany przez każdą inną osobę, która umieściła w nim nazwę spółki i dokleiła znaki graficzne stanowiące odwzorowanie podpisu i pieczątki. Sam fakt, że mamy do czynienia z dokumentem elektronicznym nie zwalnia referencji z konieczności stosownego podpisu ich wystawcy*".

W świetle zatem złożenia ww. referencji w niewłaściwej formie, tj. dokumentu elektronicznego bez podpisu elektronicznego właściwej osoby występującej w imieniu Comp S.A., należy stwierdzić, że należyte wykonanie dostawy na rzecz Comp S.A. nie zostało przez Przystępującego Nomios wykazane. Należy przy tym pamiętać, że ww. dostawa została wpisana do wykazu dostaw w odpowiedzi na wezwanie z 19.12.2025 r., w którym Zamawiający wskazał m.in.: *„Zamawiający informuję, że w przypadku, gdyby daty zakończenia dostaw wskazanych w Wykazie nie mieściły się w ww. okresie, wykonawca jest uprawniony w ramach uzupełnia Wykazu dostaw do wskazania na potwierdzenie spełnienia warunku innych dostaw*" [pisownia oryginalna]. Tym samym ww. dostawa została wpisana do wykazu dostaw wraz z dołączoną referencją w trybie uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co powoduje, że w myśl zasady jednokrotnego wzywania, powtórne wezwanie w tym samym zakresie jest już niedopuszczalne. Oznacza to, że dostawa realizowana dla Comp S.A. nie może zostać uznana za spełniającą ww. warunek udziału w postępowaniu i w żadnym wymiarze uzupełniona.

Przechodząc do kolejnych dostaw wskazanych przez Przystępującego Nomiosw wykazie dostaw, Izba stwierdziła, co następuje.

W odniesieniu do dostawy realizowanej dla Dr Max s.r.o. (poz. 2) należy zauważyć, że Przystępujący Nomios w celu potwierdzenia należytego jej wykonania przedstawił oświadczenie własne oraz korespondencję mailową z Dr Max s.r.o., z której wynika, że Przystępujący zwrócił się o wystawienie referencji i w odpowiedzi otrzymał maila z informacją: *„Potwierdzam, że na podstawie Umowy z dnia 30.08.2024 r. Nomios Poland dostarczył i wdrożył oprogramowanie antywirusowe do ochrony stacji roboczych i serwerów. Rozwiązanie zostało pomyślnie wdrożone u około 23 000 klientów, a usługi wdrożeniowe zostały zrealizowane prawidłowo i w uzgodnionym terminie (…)*". W oświadczeniu własnym Przystępujący Nomios, poza opisaniem zakresu i należytego wykonania ww. dostawy, wskazał dodatkowo:

„*Jednocześnie wskazujemy, że spółka DR Max nie wystawia oficjalnych referencji – w załączeniu przedkładamy wiadomość mailową potwierdzającą fakt, że Wykonawca próbował uzyskać takie referencje. (…) Należy przy tym nadmienić, że w samej dołączonej wiadomości mailowej przedstawiciel DR MAX potwierdził zakres umowy, jak również jej należyte wykonywanie co w praktyce stanowi dokument analogiczny do referencji. Wiadomość mailowa jest dokumentem pochodzącymi od podmiotu, na rzecz którego usługi są wykonywane, a zatem w praktyce jest to dokument spełniające wszelkie wymogi ustawowe potwierdzający należyte wykonanie umowy*".

Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w § 9 ust. 1 pkt 2 dopuszcza możliwość przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia własnego w celu wykazania należytego wykonania dostaw lub usług, ale pod warunkiem, że wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane. Ta niemożność uzyskania referencji lub innych dokumentów pochodzących od odbiorcy dostaw lub usług również musi być wykazana, w przeciwnym wypadku każdy wykonawca mógłby w dowolnych okolicznościach potwierdzać spełnianie warunku wyłącznie za pomocą własnego oświadczenia, co stałoby w sprzeczności z celem badania zdolności zawodowej lub technicznej wykonawców. Innymi słowy: potwierdzanie doświadczenia za pomocą oświadczenia własnego wykonawcy jest wyjątkiem, którego dopuszczenie musi wynikać z uzasadnionych okoliczności (czyli zaistnienia przyczyn niezależnych od wykonawcy), które muszą być przez tego wykonawcę wykazane.

W tej sprawie Przystępujący Nomios nie wykazał, że z przyczyn od niego niezależnych nie mógł uzyskać referencji od Dr Max s.r.o. W szczególności z informacji mailowej od tego podmiotu nie wynika, że nie wystawia on w ogóle „oficjalnych" referencji. To, że Dr Max s.r.o. napisał treść odpowiadającą referencjom w mailu mogło wynikać z różnych przyczyn, np. osoba pisząca tego maila mogła nie wiedzieć, jaka jest oczekiwana forma referencji w Polsce i uznać, że forma mailowa jest wystarczająca. W żadnym natomiast miejscu informacji pochodzących od Dr Max s.r.o. i przedłożonych Zamawiającemu nie znajduje się wzmianka o zasadzie niewystawiania przez ten podmiot referencji w ogóle. Jeżeli nawet poprzednie doświadczenia Przystępującego Nomios wskazują na taki stan rzeczy, to powinien wraz z oświadczeniem własnym przedstawić oświadczenie od Dr Max s.r.o. lub taką korespondencję z nim, z której wynika, że prowadzi on właśnie taką politykę w zakresie referencji. Skoro Przystępujący Nomios nie przedłożył takich oświadczeń/dokumentów, to nie wykazał zasadności zastosowania wobec niego wyjątku, jakim jest możliwość potwierdzenia należytego wykonania dostawy za pomocą oświadczenia własnego wykonawcy. Tym samym ww. oświadczenie własne Przystępującego Nomios nie może być uwzględnione do oceny spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dostawy realizowanej dla Dr Max s.r.o.

Pozostaje zatem ocenić drugi dokument, jaki przedłożył Przystępujący Nomios, tj. ww. mail od Dr Max s.r.o. z treścią potwierdzającą należyte wykonanie dostawy. Dokument ten ma jednak, podobnie jak referencje od Comp S.A., niewłaściwą formę, ponieważ również nie zawiera podpisu elektronicznego odbiorcy dostawy. W tym zakresie Izba podtrzymuje wszystkie argumenty wskazane powyżej przy ocenie referencji od Comp S.A. i podkreśla raz jeszcze, że charakter i cel składania referencji wyklucza możliwość ich złożenia w formie dokumentu elektronicznego bez podpisu elektronicznego osoby upoważnionej do działania w imieniu podmiotu, na rzecz którego dane zadanie zostało wykonane. Przy czym przypadek złożenia referencji w postaci maila również był rozpoznawany przez Izbę w wyroku wydanym wprawdzie na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp z 2004 r., ale wniosek, jaki został wyprowadzony przez Izbę pozostaje aktualny. W wyroku tym z dnia 26.04.2021 r. o sygn. akt KIO 902/21 (wskazywanym też przez Odwołującego) Izba stwierdziła: „*Wykonawca dogadamycie.pl złożył poświadczenia należytego wykonania, które są wiadomościami e-mail. Te z kolei są odpowiedzią na pytania tego wykonawcy (również w formie e-mail). Owa korespondencja, prowadzona pomiędzy wykonawcą a podmiotami wskazanymi w wykazie usług, nie może być uznana za prawidłową w zakresie, w jakim wymaga się złożenia tych dokumentów we właściwej formie. Zastosowanie w tym przypadku znajdą, przywoływane przez odwołującego przepisy, w tym Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 1261). Zgodnie z § 4 Rozporządzenia: Dokumenty elektroniczne przekazywane za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, o których mowa w § 2 ust. 1, są sporządzane w jednym z formatów danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Za taki dokument elektroniczny nie sposób uznać wiadomości e-mail. Tym samym, niezależnie od ich treści, referencje nie zostały również wystawione w sposób prawidłowy tj. w postaci dokumentu opatrzonego podpisem odręcznym ani dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym*".

W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że ani oświadczenie własne Przystępującego Nomios ani mail od Dr Max s.r.o. nie mogą być uznane za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie ww. dostawy. Jednocześnie należy zauważyć, że dostawa dla Dr Max s.r.o. była od początku wpisana do wykazu dostaw i w zakresie jej dotyczącym w dniu

19.12.2025 r. Zamawiający wezwał Przystępującego Nomios do uzupełnienia jedynie dat dostawy i wdrożenia, nie kwestionując w ogóle sposobu potwierdzenia należytego wykonania dostawy. Tym samym możliwość jednokrotnego wzywania do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie została wyczerpana w zakresie, w jakim chodzi właśnie o uzupełnienie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie ww. dostawy. Oznacza to, że na obecnym etapie postępowania nie ma podstaw do jednoznacznego stwierdzenia, że dostawa dla Dr Max s.r.o. nie odpowiada opisowi ww. warunku, ponieważ Zamawiający powinien najpierw na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwać Przystępującego Nomios do uzupełnienia takiego dokumentu. Jednakże zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie został postawiony w odwołaniu, dlatego Izba nie nakazała Zamawiającemu wezwania Przystępującego Nomios w omawianym zakresie.

Jednocześnie Izba pominęła dowód przekazany przez Przystępującego Nomios w toku postępowania odwoławczego w postaci maila od Dr Max s.r.o. z informacją: *„(…) jak już kilkakrotnie omawialiśmy, nasza polityka korporacyjna zabrania nam wystawiania pisemnych listów referencyjnych (…)*". Dokument potwierdzający zasadność złożenia oświadczenia własnego powinien być od początku dołączony do wykazu dostaw albo może być przedłożony przez Przystępującego Nomios w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie może natomiast zastępować Zamawiającego w dokonaniu tej czynności i dokonywać oceny dokumentu, który być może zostanie dopiero złożony.

Odnosząc się do dostawy realizowanej na rzecz Sieci Badawczej Łukasiewicz – Instytut Lotnictwa (poz. 4) należy zauważyć, że Przystępujący Nomios w celu potwierdzenia należytego jej wykonania przedłożył: maila z prośbą o wystawienie poświadczenie należytego wykonania umowy (bez odpowiedzi), dwa protokoły odbioru oraz oświadczenie własne. Co do oświadczenia własnego Izba podtrzymuje wskazaną wyżej argumentację dotyczącą konieczności wykazania, że wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie mógł uzyskać referencji bądź innych dokumentów od odbiorcy dostawy/usługi/robót. W przypadku tej dostawy przyczyny takie nie zostały wykazane, w szczególności brak odpowiedzi na pojedynczego maila z prośbą o wystawienie referencji przy braku jakichkolwiek prób ponowienia tej prośby, nie jest takim wykazaniem. Tym samym nie zostały też wykazane przesłanki do złożenia przez Przystępującego Nomios oświadczenia własnego, które w efekcie nie może zostać uznane za właściwy dokument do potwierdzenia należytego wykonania dostawy.

Przystępujący Nomios złożył też jednak dwa protokoły odbioru, które w ocenie Izby w należyty sposób potwierdzają należyte wykonanie dostawy jako „inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane" (§ 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy). Odwołujący kwestionuje wprawdzie ich przydatność do oceny spełniania warunku przez Przystępującego Nomios, ponieważ uważa, że ww. dostawa nie obejmowała integracji oprogramowania z istniejącymi u Zamawiającego systemami. Odwołujący opiera się na treści ogłoszenia o zamówieniu nr 2024/BZP 00328797 z 17.05.2024 r., w którym w sekcji IX został przedstawiony harmonogram wykonania zamówienia nie obejmujący właśnie integracji. Należy jednak zauważyć, że ogłoszenie o zamówieniu, z uwagi choćby na ograniczoną ilość znaków, nie służy do opisywania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, zatem dowód ten nie może w sposób wiarygodny potwierdzać braku prac integracyjnych. Jednocześnie Izba podzieliła stanowisko Przystępującego Nomios, zgodnie z którym wdrożenie oprogramowania musi obejmować też integrację, bo nie da się wykonać wdrożenia bez zintegrowania oprogramowania z istniejącymi u zamawiającego systemami. W konsekwencji Izba uznała, że należyte wykonanie dostawy realizowanej dla Sieci Badawczej Łukasiewicz zostało właściwie potrwierdzone protokołami odbioru.

Reasumując, Zamawiający w opisie warunku wymagał wykazania dwóch odpowiednich dostaw. Przystępujący Nomios wskazał ostatecznie cztery, spośród których:

- dostawa dla PZU (poz. 1) nie może zostać uwzględniona z uwagi na termin wykonania,
- dostawa dla Comp S.A. (poz. 3) nie może zostać uwzględniona z uwagi na wskazane wyżej wady dokumentów potwierdzających należyte wykonanie,
- dostawa dla Dr Max s.r.o. (poz. 2) wymaga wezwania Przystępującego Nomios do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte jej wykonanie,
- dostawa dla Sieci Badawczej Łukasiewicz (poz. 4) została prawidłowo wykazana.

W świetle powyższego nie można na obecnym etapie stwierdzić, że Przystępujący Nomios nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu, bo nie można wykluczyć, że będzie on w stanie uzupełnić odpowiednie dokumenty w zakresie dostawy dla Dr Max s.r.o., co – obok dostawy dla Sieci Badawczej Łukasiewicz – pozwoli mu wykazać spełnienie ww. warunku. Dlatego Izba oddaliła zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Nomios na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp jako przedwczesny (przy niewskazaniu zarzutu z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie dostawy dla Dr Max s.r.o.) i niezasadny.

Wobec oddalenia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących Przystępującego Nomios (którego oferta została

uznana za najkorzystniejszą) Izba stwierdziła, że nawet ewentualne uwzględnienie zarzutów dotyczących Przystępującego Trafford nie miałoby już wpływu na wynik postępowania, co stanowi samodzielną podstawę ich oddalenia zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Niemniej jednak, na wypadek dalszego korzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej, Izba postanowiła się do nich odnieść.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Trafford z powodu niezgodności z warunkami zamówienia.

Zgodnie z pkt 5.19. OPZ:

Ochrona agentowa musi posiadać:

5.19. możliwość blokowania dostępu do ustawień Oprogramowania dla użytkowników końcowych, takich jak: zamykania programu antywirusowego, zatrzymywania jego zadań i usług, wyłączania ochrony, zmiany ustawień, usunięcia licencji oraz zabezpieczenie przed odinstalowaniem programu co najmniej poprzez zdefiniowanie nazwy użytkownika lub hasła.

W dniu 15.10.2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 10:

„*W odniesieniu do punktu 5.19 w rozdziale II Opisu Przedmiotu Zamówienia, w którym Zamawiający wymaga zapewnienia „możliwość blokowania dostępu do ustawień Oprogramowania dla użytkowników końcowych" oraz „zabezpieczenia przed odinstalowaniem programu co najmniej poprzez zdefiniowanie nazwy użytkownika lub hasła", prosimy o informację czy Zamawiający dopuści rozwiązanie, w którym ochrona przed odinstalowaniem przy użyciu hasła dostępna jest wyłącznie w systemach Microsoft Windows? Prosimy o jednoznaczne wskazanie, czy wymaganie to dotyczy wszystkich obsługiwanych systemów operacyjnych czy może być ograniczone do platformy Windows.*

Odpowiedź

Wymaganie określone w pkt 5.19, Rozdziału II, Tomu III SWZ - OPZ, dotyczy wszystkich systemów operacyjnycł określonych w pkt 5.12 Tomu III SWZ – OPZ, tj. Windows 10 i wszystkich nowszych wersji systemu Windows, Windows Server 2012 i wszystkich nowszych wersji systemu Windows Server oraz systemu Linux".

Przystępujący Trafford zaoferował oprogramowanie Cortex XDR producenta Producent Palo Alto Networks.

W pkt 5.19. OPZ Zamawiający wymagał zapewnienia takich mechanizmów, które uniemożliwią odinstalowanie agenta (oprogramowania antywirusowego) przez osoby nieuprawnione, np. użytkowników stacji roboczych. Zabezpieczenie przed odinstalowaniem programu miało polegać co najmniej na zdefiniowaniu nazwy użytkownika lub hasła. Mechanizm zabezpieczający miał działać zarówno na stacjach z systemem Windows, jak i Linux.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że „*przeanalizował publicznie dostępną dokumentację techniczną oprogramowania Cortex XDR i na tej podstawie powziął wiedzę, że oprogramowanie Cortex XDR w ogóle nie posiada – w odniesieniu do systemów Linux – zabezpieczenia przed odinstalowaniem programu, w szczególności nie wymaga podania nazwy użytkownika ani hasła. Dokumentacja techniczna Cortex XDR opisuje mechanizmy zabezpieczające przed ingerencją w oprogramowanie (tzw. anti-tampering protection). W przypadku oprogramowania Cortex XDR mechanizm anti-tampering występuje wyłącznie w przypadku systemu Windows oraz macOS. Pozycja anti-tampering protection w ogóle nie występuje w przypadku systemu Linux, co oznacza, że Cortex XDR instalowany na systemach Linux takiego zabezpieczenia nie posiada*".

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Przystępujący Trafford nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie kwestii poruszonej w odwołaniu, natomiast w piśmie procesowym i na rozprawie wyjaśnił, że oferowane oprogramowanie dla systemu Linux posiada funkcję tzw. Mandatory Root Access, dzięki której dla wszystkich działań związanych z zarządzaniem wymagane jest posiadanie najwyższych uprawnień systemowych. W tym wypadku tylko konto root będzie miało dostęp do elementów sterujących agenta, zatem możliwość taka nie będzie dostępna dla użytkowników końcowych, w tym nawet tych z uprawnieniami administratora. Przystępujący Trafford wskazał też, że na etapie instalacji oprogramowania Cortex XDR istnieje możliwość utworzenia w warstwie oprogramowania dodatkowego zabezpieczenia przed dostępem do ustawień oprogramowania w postaci hasła lub użytkownika z odpowiednimi uprawnieniami. Powyższe potwierdza oświadczenie producenta Palo Alto Networks sp. z o.o. dołączone do pisma procesowego Przystępującego Trafford, w którym wskazano, że: „*Oprogramowanie Cortex XDR zapewnia możliwość blokowania dostępu do ustawień Oprogramowania dla użytkowników końcowych, w tym, posiada możliwość zabezpieczenia przed odinstalowaniem programu poprzez zdefiniowanie hasła lub użytkowników, którzy są do tego uprawnieni, także w odniesieniu do systemów Linux*". Dodatkowo Przystępujący Trafford dołączył do swojego pisma procesowego nagranie przedstawiające proces tworzenia zabezpieczeń.

Wobec takiej argumentacji i dowodów przedstawionych przez Przystępującego Trafford Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że oprogramowanie Cortex XDR nie posiada wymaganych zabezpieczeń w odniesieniu do systemów Linux, w tym poprzez zdefiniowanie nazwy użytkownika lub hasła i że w konsekwencji jego oferta nie jest zgodna z pkt 5.19. OPZ. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu (niezależnie od braku wpływu na wynik postępowania) zostało uznane za niezasadne.

Zarzut ewentualny dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego Trafford.

W dniu 13.11.2025 r. Zamawiający wezwał Przystępującego Trafford, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny całkowitej oferty. Przystępujący Trafford udzielił wyjaśnień zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

–Załącznik nr 2, tj. ofertę dystrybutora CLICO sp. z o.o. z dnia 16.10.2025 r.,

–Załącznik nr 3, tj. potwierdzenie warunków specjalnych - korespondencja e-mail z CLICO sp. z o.o. z dnia 29.10.2025 r.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk", 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.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale w istocie stanowi obowiązek „udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Powyższe wynika także z orzecznictwa, w tym z wydanego w oparciu o przepisy ustawy Pzp z 2004 r., ale zachowującego aktualność w świetle obecnie obowiązujących przepisów, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 01.10.2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym stwierdzono: *„Sąd dokonując oceny zasadności powyższych zarzutów w kontekście rozstrzygnięcia KIO przyjął jako punkt wyjścia prymat zasady jawności postępowania wynikający z art. 8 ust. 1 sPzp, który stanowi, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Dlatego zdaniem Sądu wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 sPzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu KPC. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko skarżącego (w istocie zaakceptowane przez zamawiającego poprzez nie odtajnienie zaskarżonej części informacji), jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 sPzp. Sąd podziela stanowisko KIO, że z art. 8 ust. 3 sPzp wynika nałożenie na wykonawcę obowiązku wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sąd zgadza się z poglądem KIO, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa*".

Odwołujący zakwestionował w odwołaniu wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji oraz sposób zachowywania ich w poufności przez Przystępującego Trafford. Izba zgodziła się z większością argumentów

Odwołującego i uznała zarzut za zasadny.

Co do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jedynie co do każdorazowego obowiązku podania jej kwotowo, natomiast zgodziła się z pozostałą argumentacją zawartą w odwołaniu. W szczególności Izba stwierdziła, że wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji nie potwierdzają takie fragmenty uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak przykładowo:

- „*Ujawnienie tych informacji dałoby konkurencyjnym podmiotom przewagę rynkową, ponieważ uzyskałyby możliwość zweryfikowania i oceny poprawności własnego podejścia do kalkulacji ofert, jak również mogłyby przygotować swoje oferty z uwzględnieniem wiedzy na temat sposobu, w jaki są przygotowywane oferty Wykonawcy, co utrudniłoby Wykonawcy uzyskanie zamówień w przyszłości*";
- „*W konsekwencji konkurencyjne podmioty mogą ustalić na jakich warunkach handlowych Wykonawca – działający na rynku jako podmiot pośredniczący między producentem a odbiorcą końcowym – może sam dokonywać zakupu licencji od producenta*";
- „*ujawnienie informacji znajdujących się w kalkulacji cenowej może skutkować poniesieniem przez Wykonawcę szkody poprzez utratę przyszłych kontraktów ze względu na to, że konkurencja mogłaby dostosować swoją kalkulację do możliwości finansowych Wykonawcy (oszacować jaką cenę może zaoferować Wykonawca w kolejnych postępowaniach i tym samym pozbawić Wykonawcę przewagi konkurencyjnej*".

Przede wszystkim przy znajomości konkretnej liczby stacji roboczych, na której ma być zainstalowane oprogramowanie, konkretnej liczby użytkowników końcowych i ceny globalnej za zamówienie podstawowe da się obliczyć cenę w przeliczeniu na jedną stację roboczą, co podważa zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie. Przy czym wbrew argumentacji Przystępującego Traffrod nie prowadzi to do wniosku, że wniesienie odwołania jest niecelowe, skoro Odwołujący wszystko może policzyć sam, ale powinno prowadzić do wniosku, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezpodstawne. Izba rozumie przy tym, że istotna jest nie tylko wysokość ceny czy poszczególnych kosztów składających się na tę cenę, ale także sposób kalkulacji tej ceny. Niemniej jednak poznanie sposobu kalkulacji ceny przez innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, w ocenie Izby, nie grozi konsekwencjami, jakie opisuje Przystępujący Trafford w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności należy przypomnieć, że warunki wykonania każdego zamówienia są inne, a mają one wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty, zatem nie sposób na podstawie jednej wyceny konkretnego zamówienia antycypować wysokość cen ofert, jakie będą składane przez danego wykonawcę w przyszłych postępowaniach. Dodatkowo należy mieć na uwadze, że pozyskane w danym czasie dla danego zamówienia rabaty czy inne korzystne okoliczności nie muszą być powtarzalne w przyszłości, tj. nie muszą być dostępne wykonawcy albo w ogóle albo w takiej samej skali, co również podważa argumentację o możliwości wykorzystania przez innych wykonawców wiedzy w tym zakresie do przewidywania cen w przyszłych postępowaniach. Izba przy tym nie zgadza się ze stanowiskiem Przystępującego Trafford, jakoby poznanie rabatów udzielonych mu przez producenta czy dystrybutora zmuszało tego producenta lub dystrybutora do udzielenia takich samych rabatów innym wykonawcom, którzy dzięki temu będą mogli obniżyć swoje ceny do poziomu dostępnego Przystępującemu. Żaden przepis prawa nie zmusza żadnego przedsiębiorcy do udzielania na rynku rabatów w takiej samej wysokości wszystkim jego kontrahentom, więc zarzut ten jest całkowicie chybiony. Końcowo Izba stwierdza, że nie jest jej znany żaden przypadek wykonawcy, który z powodu ujawnienia złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, został pozbawiony przewagi konkurencyjnej, doznał pogorszenia sytuacji handlowej na rynku, czy utracił jakieś kontrakty. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Przystępujący Traffrod nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Co do zachowywania ww. informacji w poufności Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że wykazanie tej przesłanki nie może się opierać wyłącznie na oświadczeniach zastrzegającego, ale musi być wykazane za pomocą dokumentów. Nie można się przy tym zgodzić z argumentacją Zamawiającego, zgodnie z którą wymóg taki nie wynika z przepisów prawa. Izba podkreśla, że wymóg taki wynika z nałożonego przez ustawodawcę obowiązku „wykazania" zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Bez względu na to, czy zdefiniujemy „wykazanie" jako tożsame czy jako zbliżone do „udowodnienia", faktem pozostaje, że z pewnością słowo to nie oznacza możliwości jedynie deklarowania zachowywania zastrzeżonych informacji w poufności. Dopuszczenie składania jedynie oświadczeń/deklaracji w tym zakresie byłoby nie tylko sprzeczne z obowiązkiem „wykazania", o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, ale także czyniłoby ten przepis i zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia martwymi, bo każdy wykonawca mógłby dowolnie deklarować zachowywanie poufności bez względu na rzeczywiście podejmowane w tym zakresie działania.

Powyższe znajduje potwierdzenie nie tylko w przytoczonym wyżej wyroku Sądu Okręgowego, ale także np. w wyroku Izby z dnia 16.02.2018 r. o sygn. akt KIO 200/18, wydanym w oparciu o przepisy ustawy Pzp z 2004 r., ale zachowującym aktualność w świetle obecnie obowiązujących przepisów, w którym stwierdzono: „*Oznacza to, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że*

zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Izba, nie może z urzędu doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu, spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego „wykazania" nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie".

W tej sprawie Przystępujący Trafford w celu wykazania zachowywania zastrzeżonych informacji w poufności powołał się m.in. na Politykę Operacyjną Bezpieczeństwa oraz szereg mechanizmów bezpieczeństwa wymienionych w 24 punktach. Po pierwsze, należy stwierdzić, że wiele z tych mechanizmów jest powszechnie stosowanych w podmiotach publicznych i prywatnych, bez względu na to, czy jest w nich przechowywana jakakolwiek informacja zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa (np. funkcjonowanie kontroli dostępu do pomieszczeń, funkcjonowanie rozwiązań ochrony przed złośliwym oprogramowaniem, funkcjonowanie zabezpieczeń dotyczących elektronicznych i papierowych nośników danych, zapewnienie zasobów do bezpiecznego przechowywania i niszczenia nośników wycofanych z eksploatacji, zapewnienie rozwiązań bezpieczeństwa sieciowego), zatem ich stosowanie nie świadczy o żadnej nadzwyczajnej ochronie. Po drugie, należy zgodzić się z Odwołującym, że złożone przez Przystępującego Trafford dowody są niewystarczające do potwierdzenia zachowywania poufności:

- wzór umowy współpracy i wzór umowy NDA są właśnie jedynie wzorami, nie zostały podpisane, zatem nie wiadomo, czy w ogóle w rzeczywistości są stosowane,
- certyfikat wdrożenia Normy ISO 22301:2019 obejmujący: usługi w obszarze cyberbezpieczeństwa w zakresie analizowania, projektowania, wdrażania i utrzymania rozwiązań oraz wykrywania, analizowania i reagowania na incydenty – Norma ta ma szeroki zakres zastosowania w obszarze cyberbezpieczeństwa i zasady z niej wynikające obowiązują w spółce na co dzień w ramach bieżącej pracy, bez względu na to, czy istnieje potrzeba ochrony jakiejś tajemnicy przedsiębiorstwa, czy nie, bo zasady wynikające z tej Normy nie odnoszą się konkretnie do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym konkretnie do takich informacji, jakie zostały zastrzeżone w tym postępowaniu.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że Przystępujący Traffrod nie wykazał zachowywania w poufności zastrzeżonych informacji.

Końcowo Izba wskazuje, że zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi być w każdym przypadku oceniana indywidualnie na podstawie konkretnego uzasadnienia przedłożonego przez wykonawcę. Niemniej jednak dominujące stanowisko Izby dotyczące zasad dokonywania tej oceny zostało przedstawione w Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2024 roku (str. 20) - .

Reasumując, Izba uznała zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa za zasadny, natomiast odwołanie w tym zakresie zostało oddalone - wobec faktu oddalenia przez Izbę pozostałych zarzutów - ze względu na brak wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępujących przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca ...……..

…….

…….