Sygn. akt: KIO 2537/14

WYROK
z dnia 15 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2014 r. przez **Odwołującego** – wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Sp. z o. o. ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Kielcach ul. Wojska Polskiego 51, 25-375 Kielce,**

przy udziale wykonawcy **Kamsoft S.A. ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie treści oferty wykonawcy Kamsoft S.A. z siedzibą w Katowicach w postaci załączników do oferty nr 13, nr 14, nr 15, nr 16.
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego,** 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;
2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 2537/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Kielcach – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę, instalację, konfigurację, zaprojektowanie i wykonanie okablowania strukturalnego, oraz wdrożenie wraz z instruktażem, serwisem i nadzorem autorskim, Zintegrowanego Systemu Informatycznego dla SP ZOZ MSW w Kielcach”, znak: 13/PN/2014.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 sierpnia 2014 r., pod numerem 2014/S 161-288683.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 21 listopada 2014 r. Zamawiający powiadomił o wyniku postępowania wskazując, że najkorzystniejszą ofertę cenową złożył wykonawca Kamsoft S.A., któremu przyznano 100 pkt.

W dniu 1 grudnia 2014 r., Odwołujący – CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na:

1) zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu części oferty złożonej przez wykonawcę Kamsoft S.A. objętej zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie obejmującym:
   a. dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających potencjał w trybie art. 26 ust. 2b Pzp wraz z dokumentami dotyczącymi zamówień realizowanych przez te podmioty (załącznik nr 13 do SIWZ),
   b. specyfikację wymagań technicznych (załącznik nr 14 do oferty Kamsoft S.A.),
   c. specyfikację techniczną (załącznik nr 15 do oferty Kamsoft S.A.),
   d. certyfikaty, deklaracje, dokumenty (załącznik nr 16 do oferty Kamsoft S.A.),
2) ocenie ofert,
3) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Kamsoft S.A.,
4) wyborze oferty najkorzystniejszej,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez KAMSOFT S.A. w Warszawie, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, co dotyczy: oferowanych zestawów komputerowych - w zakresie oprogramowania antywirusowego (poz. 19 załącznika nr 9 do SIWZ) - z uwagi na fakt, iż KAMSOFT S.A. w treści oferty nie wskazał, iż oferuje oprogramowanie antywirusowe (wymagane przez Zamawiającego), który to brak nie mógł podlegać procedurze naprawczej ponieważ prowadził do istotnej zmiany oferty.
2) art 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu części oferty złożonej przez wykonawcę KAMSOFT S.A. w Katowicach objętej zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie obejmującym: a) dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających potencjał w trybie art. 26 ust. 2b PZP wraz dokumentami dotyczącymi zamówień realizowanych przez te podmioty (załącznik nr 13 do oferty KAMSOFT SA.), b) specyfikację wymagań technicznych (załącznik nr 14 do oferty KAMSOFT SA.), specyfikację techniczną (załącznik nr 15 do oferty KAMSOFT SA.), d) certyfikaty, deklaracje, dokumenty (załącznik nr 16 do oferty KAMSOFT SA.) w sytuacji, gdy wskazane wyżej dokumenty nie zawierają informacji, które mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a ograniczenie dostępu do tych dokumentów stanowi naruszenie zasad jawności i przejrzystości postępowania, a nadto prowadzi do nierównego traktowania wykonawców w toczącym się postępowaniu.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie, aby Zamawiający podjął następujące czynności:

1) unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) udostępnienie zastrzeżonych części oferty złożonej przez Kamsoft S.A.,
3) odrzucenie oferty Kamsoft S.A.,
4) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań Odwołujący wskazał, że wykonawca Kamsoft S.A. zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa objął całą merytoryczną część oferty. Zamawiający wbrew zasadzie jawności nie odtajnił tych dokumentów, pomimo że ewidentnie zdawał sobie sprawę z faktu, iż zastrzeżenie ma na celu wyłącznie utrudnienie dostępu do oferty konkurentom KAMSOFT S.A. Zamawiający jeszcze w dniu ogłoszenia wyniku postępowania zwracał się bowiem do KAMSOFT S.A. o odtajnienie zastrzeżonych dokumentów. W tej sytuacji odpowiedzialność za skutki działania KAMSOFT S.A. spada na Zamawiającego, który doprowadził do ewidentnego naruszenia zasad postępowania. Skutkiem tego utajnienia Odwołujący pozbawiony został możliwości zweryfikowania oferty KAMSOFT S.A. Spółka nie

może więc wykluczyć, że jest ona obarczona nieprawidłowościami idącymi dalej niżby wynikało to z podniesionych zarzutów. Na podstawie analizy dostępnych dokumentów Spółka ustaliła jednak, że oferta KAMSOFT S.A. powinna zostać odrzucona. W ramach przedmiotowego zamówienia Zamawiający wymagał m.in. dostawy sprzętu komputerowego i sieciowego. Wymagania minimalne odnoszące się do dostawy, instalacji i konfiguracji sprzętu zostały określone w załączniku nr 9 do SIWZ. W części dotyczącej zestawów komputerowych (68 szt.) Zamawiający wymagał również dostawy oprogramowania antywirusowego. Z treści wezwania Zamawiającego skierowanego do Wykonawcy w dniu 07 listopada 2014 r. wynika, że w treści oferty KAMSOFT SA. nie wskazał, iż oferuje oprogramowanie antywirusowe. Brak ten stanowi o niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ albowiem zaoferowane świadczenie jest niekompletne. Z całą pewnością wykluczyć zaś należy możliwość korygowania w drodze wyjaśnień ponieważ prowadziłoby to do istotnej zmiany treści złożonej oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Stąd też oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający na wniosek Odwołującego udostępnił mu jednie część oferty KAMSOFT S.A. Odwołujący nie uzyskał jednak wglądu do części oferty KAMSOFT S.A. obejmującej m.in. a) dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających potencjał w trybie art. 26 ust. 2b PZP wraz dokumentami dotyczącymi zamówień realizowanych przez te podmioty (załącznik nr 13 do oferty KAMSOFT SA.) b) specyfikację wymagań technicznych (załącznik nr 14 do oferty KAMSOFT S.A.) c) specyfikację technicznej (załącznik nr 15 do oferty KAMSOFT S.A.) d) certyfikaty, deklaracje, dokumenty (załącznik nr 16 do oferty KAMSOFT S.A.) KAMSOFT S.A. zastrzeżeniem poufności objęła również dane dotyczące podmiotów udostępniających potencjał w trybie art. 26 ust. 2b PZP. Odwołujący wskazał, iż zastrzeżenie zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia zasobów nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp i stanowi nadużycie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp oraz prowadzi do nierównego traktowana wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP). Analiza treści oferty KAMSOFT S.A. wskazuje, że wykonawca ten korzysta z udostępnionego potencjału w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego warunku kadrowego. Spółka nie neguje, że wykaz osób może być traktowany jako dokument zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ulega jednak wątpliwości, że informacja na temat podmiotu udostępniającego potencjał będącego w przyszłości podwykonawcą KAMSOFT SA. nie może być traktowana jako tajemnica przedsiębiorstwa. Trudno bowiem zakładać, że w trakcie realizacji umowy KAMSOFT S.A. będzie w stanie „utajnić" dane swojego podwykonawcy. Co do pozostałych dokumentów stanowiących merytoryczną część oferty KAMSOFT SA. Odwołujący podniósł, że w zasadniczej części zastrzeżone dokumenty opierają się na wzorach przygotowanych przez Zamawiającego tj. na załącznikach do SIWZ, stanowiących element jawnej dokumentacji przetargowej. Jedyną ingerencją ze strony wykonawcy było więc wskazanie nazw

producentów i modeli sprzętu oraz nazw oferowanego oprogramowania. Odwołujący podkreślił, że zamówienie niniejsze nie należy do zamówień skomplikowanych. Budowa infrastruktury informatycznej wymaga zastosowania standardowego sprzętu i oprogramowania. Co za tym idzie zastrzeżenie tych nazw nie znajduje uzasadnienia. Dotyczy to także certyfikatów i dokumentów potwierdzających parametry oferowanych urządzeń. Wszystkie te dokumenty pochodzą od producentów i w zasadniczej części są dostępne w sieci internetowej. Zapatrywanie Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 2398/13; KIO 1239/13).

O wniesionym odwołaniu Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu w dniu 2 grudnia 2014 r. W dniu 3 grudnia 2014 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Kamsoft S.A. z siedzibą w Katowicach. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zamawiający wskazał, że w związku z otrzymanym w dniu 5 grudnia 2014 r. pismem Kamsoft S.A. niezwłocznie poinformował Odwołującego, jak i dwóch pozostałych wykonawców o odtajnieniu dokumentów przez Kamsoft S.A. i możliwości zapoznania się z treścią odtajnionych dokumentów. Wobec odtajnienia przez Kamsoft S.A. dokumentów dotyczących

załącznika nr 13, 14, 15, 16 oraz zastrzeżonych wyjaśnień odwołanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe. Pozostałe zaś wnioski zawarte w odwołaniu są nieuzasadnione. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wobec wcześniejszego zastrzeżenia przedmiotowych dokumentów w pełni uzasadnionym było odmówienia ich ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu. Wskazano, że Zamawiający nie poprzestał jedynie na zastrzeżeniu niejawności powyższych dokumentów, lecz dokonał szczegółowej analizy tych informacji dochodząc do wniosku, że wykonawca w dostateczny sposób wykazał, a co najmniej uprawdopodobnił, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślono, że wykonawca decydując się na odtajnienie tych dokumentów ponosi ciężar ryzyka związanego z możliwością poniesienia potencjalnych szkód, będących następstwem ich ujawnienia. Jednocześnie Zamawiający przytoczył orzecznictwo dotyczące biegu terminu na wniesienie odwołania wobec zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty wykonawcy Kamsoft z treścią SIWZ, Zamawiający wskazał, że Odwołujący opiera swój zarzut jedynie na tym, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 7 listopada 2014 r. zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie treści zawartej w

załączniku do oferty, odnoszącej się do wymogu wynikającego z załącznika nr 9 do SIWZ poz. 19. Fakt, że Zamawiający zwrócił się o takie wyjaśnienie nie stanowi dowodu tego, że oferta tego wykonawcy nie była zgodna z SIWZ, a oferowany przedmiot zamówienia nie był kompletny. Zamawiający wskazując na treść Załącznika nr 9 do SIWZ poz. 19 argumentował, że wykonawca Kamsoft S.A. w załączniku do oferty zawierającym wymagania techniczne wynikające z Załącznika nr 9 do SIWZ, który przez wykonawcę został oznaczony, jako załącznik nr 14, w wymaganiach funkcjonalnych odnoszących się do sprzętu komputerowego pod poz. 19 w rubryce wymagane minimalne parametry techniczne komputerów zawarł zapis tożsamy z treścią SIWZ. Podkreślono, że Zamawiający nie wymagał dostarczenia oprogramowania antywirusowego odrębnie, lecz wymagał go jako integralny składnik oferowanych zestawów komputerowych. Ponieważ Kamsoft S.A. zamieścił opis odpowiadający treści, jaką Zamawiający zawarł w treści Załącznika nr 9 poz. 19 i użył w opisie formy bezokolicznika „należy dostarczyć", Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wystąpił do tego wykonawcy o jednoznaczne określenie, czy oferowany produkt posiada oprogramowanie antywirusowe. W wyjaśnieniach wykonawca stwierdził, że oferuje parametry zgodne z wymaganiami SIWZ, oferuje oprogramowanie antywirusowe ESET Endpoint Security SUITE. Bezpodstawne jest zatem twierdzenie Odwołującego, że z treści oferty tego wykonawcy wynika, że podmiot ten nie wskazał, że oferuje oprogramowanie antywirusowe. Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca składając ofertę oświadcza, że oferowany przedmiot zamówienia będzie zgodny z wymaganiami wynikającymi z SIWZ i dodatkowo potwierdza to w wyjaśnieniach udzielnych na wezwanie to brak jest jakichkolwiek podstaw, aby postawić mu zarzut zmiany treści złożonej oferty. Podkreślono także, że wykonawca w formularzu ofertowym zawarł oświadczenie, że oferowany ZSI spełnia wymagania określone w załączniku nr 9 do SIWZ.

Zamawiający argumentował również, że nawet, gdyby hipotetycznie założyć, że dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, nie dokonując wcześniej odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Kamsoft S.A. to zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania, gdyż takie naruszenie nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący w złożonym na rozprawie piśmie procesowym wskazał, że działania Zamawiającego podjęte w toku postępowania naruszyły interes Odwołującego poprzez uniemożliwienie skorzystania ze środków ochrony prawnej w stosunku do wadliwej decyzji o wyborze oferty wykonawcy Kamsoft S.A. Podniesiono, że niedopuszczalnym jest działanie, w którym Zamawiający trzykrotnie bada zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dwukrotnie stwierdzając o jej utrzymaniu w dacie rozstrzygnięcia postępowania, zaś następnie dokonując trzeciej oceny jej zasadności na bazie informacji od Przystępującego, odtajnia

elementy oferty, już po terminie na wnoszenie środków ochrony prawnej w zakresie wyboru oferty. Sanacja takich działań stoi w sprzeczności z zasadami: jawności postępowania, wyboru

wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy jak i uczciwej konkurencji. Pozbawienie Odwołującego możliwości wniesienia środków ochrony prawnej w zakresie utajnionej części oferty stanowi naruszenie przepisów ustawy i czyni wybór oferty Przystępującego wadliwym również w świetle art. 7 ust. 3 Pzp. Odwołujący podniósł jednocześnie, że analiza udostępnionych mu w dniu 9 grudnia 2014 r. odtajnionych dokumentów wykonawcy Kamsoft S.A. wskazuje na wadliwość oferty także w innym zakresie niż tylko w kwestii oprogramowania antywirusowego. Wskazano także, że czynność odtajnienia możliwa jest tylko w toku badania oferty, gdyż do czasu zakończenia badania ofert zamawiający ma prawo badać również zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzeczenia KIO z dnia 29 marca 2013 r., sygn. akt KIO 633/13 oraz z dnia 12 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1817/13. Odwołujący wywodził następnie, że skoro czynność badania zasadności zastrzeżenia poufności oferty jest czynnością poprzedzającą wybór oferty najkorzystniejszej, to uwzględnienie zarzutu w części dotyczącej nieuprawnionego utajnienia oferty musi skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Badanie przesłanek zastosowania art. 8 ust. 3 Pzp stanowi bowiem element oceny ofert. Podkreślono również, że ujawnienie oferty Kamsoft S.A. już po ogłoszeniu wyniku postępowania nie usuwa wadliwości postępowania, a Zamawiający w zasadzie sam przyznaje się do naruszenia zasad jawności. Odwołujący argumentował również, że niezasadne utajnienie części oferty jest uznawane za podstawę uwzględnienia odwołania, przytaczając w tym zakresie pogląd zawarty w wyroku KIO z dnia 14 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 183/11. Podsumowując Odwołujący wskazał, że Zamawiający uznając odwołanie w części dotyczącej badania tajności i wydając decyzję o odtajnieniu oferty Kamsoft S.A. zobowiązany był także do unieważnienia czynności wyboru oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Brak podjęcia tej czynności przesądza o tym, że spór, co do omawianego zarzutu nie wygasł.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego uzupełnienia oferty przez Kamsoft S.A. o licencje oprogramowania antywirusowego Odwołujący podkreślił, że nie była to oczywista omyłka pisarska, a inna omyłka. Przystępujący nie udowodnił i nie wskazał miejsca oferty, z którego wynikałoby jego twierdzenie o zaoferowaniu wymaganych, konkretnego producenta licencji zgodnie z wymogami SIWZ. Uzupełnienie oferty o brakujące licencje oprogramowania antywirusowego stanowi zaś istotną zmianę oferty i nie może być uzupełnione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymali swoje stanowiska. Zamawiający wskazał m.in., że w odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów nie przyznał się w odpowiedzi na odwołanie do błędu w postępowaniu. Wskazano także, że Zamawiający nie oceniał odtajnienia i nie podejmował w tym zakresie czynności.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja, konfiguracja, zaprojektowanie i wykonanie okablowania strukturalnego, oraz wdrożenie wraz z instruktażem, serwisem i nadzorem autorskim, Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI) obejmujący obszar funkcjonowania działalności Zakładu, tj. część medyczną w lokalizacjach:
A. Szpital MSW ul. Ogrodowa 11
B. Poliklinika MSW ul. Wojska Polskiego 51.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w Załączniku nr 9 „Szczegółowa specyfikacja minimalnych wymagań technicznych", Załączniku nr 10 „Opis przedmiotu zamówienia", Załączniku nr 11 „Program funkcjonalno-użytkowy". Zgodnie z Załącznikiem nr 10 pkt 2 lit. d) przedmiot zamówienia obejmuje zakup zestawów komputerowych w ilości 68 szt. W Załączniku nr 9 Zamawiający określił m.in. wymagania funkcjonalne dotyczące zakupu sprzętu komputerowego – zestawów komputerowych w ilości 68 szt. W kolumnie „Wymagane minimalne parametry techniczne komputerów" w poz. 19 „Oprogramowanie antywirusowe" Zamawiający wskazał, że „Każdy z komputerów należy dostarczyć z oprogramowaniem antywirusowym ESET Endpoint Security SUITE z licencją na okres 3 rozbudowa o dodatkowe licencje do istniejącego systemu do systemu antywirusowego działającego u Zamawiającego w celu kompleksowego rozliczenia zarządzania systemem antywirusowym".

W odpowiedzi na pyt 52 do treści SIWZ o treści „Prosimy o doprecyzowanie czy Zamawiający wymaga dostarczenia nowych licencji ESET Endpoint Security SUITE czy też rozszerzenia i przedłużenia już posiadanych licencji?" Zamawiający wskazał, że wymaga

dostarczenia nowych licencji ESET Endpoint Security Suite do istniejącego systemu antywirusowego działającego u Zamawiającego.

Zamawiający wymaga dostarczenia nowych licencji ESET Endpoint Security SUITE do istniejącego systemu antywirusowego działającego u Zamawiającego".

Powyższe pytanie zostało skierowane do Zamawiającego przez wykonawcę Kamsoft S.A.

Jako kryterium oceny ofert Zamawiający przyjął cenę brutto oferty z wagą 100%.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 930.000,00 zł.

Termin składania ofert Zamawiający wyznaczył na 27 października 2014 r., godz. 9:00.

Do upływu terminu składania ofert złożono 4 oferty. Oferta Kamsoft S.A. z ceną brutto 893.096,10 zł jest ofertą z najniższą ceną. Druga w kolejności, pod względem ceny, jest oferta CompuGroup Medical Polska S.A. z ceną brutto 949.050,00 zł.

Wykonawca Kamsoft S.A. oświadczył w złożonej ofercie, że zaoferowany ZSI spełnia wymagania określone w załączniku nr 9 do SIWZ (Szczegółowa specyfikacja minimalnych wymagań technicznych). Wykonawca zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty zawarte na stronach 39-182 oferty – wykaz osób (załącznik nr 12 do oferty), dokumenty podmiotu udostępniającego zasoby (załącznik nr 13 do oferty), specyfikacja wymagań technicznych (załącznik nr 14 do oferty), specyfikacja techniczna (załącznik nr 15 do oferty), certyfikaty, deklaracje, dokumenty (załącznik nr 16 do oferty). Wymagania techniczne wynikające z załącznika nr 9 do SIWZ zostały przedstawione przez wykonawcę w załączniku do oferty, który wykonawca opatrzył nr 14.

Pismem z dnia 29 października 2014 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Kamsoft S.A. z prośbą o wyjaśnienie podstawy utajnienia wszystkich objętych tajemnicą dokumentów załączonych do oferty.

Wykonawca Kamsoft S.A. pismem z dnia 31 października 2014 r. podtrzymał objęcie klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do oferty w postaci wykazu osób (załącznik nr 12), dokumentów podmiotu udostępniającego zasoby (załącznik nr 13), specyfikacji wymagań technicznych (załącznik nr 14), specyfikacji technicznej (załącznik nr 15), certyfikatów, deklaracji, dokumentów (załącznik nr 16). W odniesieniu do dokumentów podmiotu udostępniającego zasoby wskazano, że zostały one utajnione z uwagi na konieczność ochrony tożsamości podmiotu, który udostępnił wykonawcy swoje zasoby. Podniesiono, że ewentualne ujawnienie tych informacji może skutkować tym, iż konkurenci wykonawcy będą odwodzić ten podmiot od współpracy z Kamsoft S.A., np. w tym konkretnym postępowaniu. Odnośnie informacji zawartych w załącznikach nr 14,15,16 argumentowano, że mają one charakter techniczny i technologiczny, wskazują za pomocą, jakich konkretnie rozwiązań technicznych i sprzętowych wykonawca zamierza wykonać zamówienie. Informacje stanowią dane techniczne umożliwiające poznanie technicznych aspektów oferowanego w tym konkretnym postępowaniu sprzętu komputerowego i systemów informatycznych. Dane te pokazują szczegóły techniczne ofertowanego rozwiązania. Poznanie tych konkretnych rozwiązań sprzętowych/technologicznych pozwoliłoby konkurentom wykonawcy rozeznać się np. w grupie podmiotów, z którymi wykonawca współpracuje na rynku informatyzacji szpitali. Wskazano także m.in., że informacja taka pokazuje strategię działania wykonawcy na tym rynku. Okoliczność ta mogłaby skutkować również próbami nakłaniania tych podmiotów do rezygnacji ze współpracy z wykonawcą. Nadto informacje te w zestawieniu z ceną oferty pozwalają odtworzyć aktualny poziom upustów, z których korzysta wykonawca.

Przed rozstrzygnięciem postępowania w dniu 21 listopada 2014 r., Zamawiający pismem z dnia 21 listopada 2014 r. wystąpił do wykonawcy Kamsoft S.A. z prośbą o odtajnienie dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień, a w szczególności: tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 31 października 2014 r., treści złożonej oferty w zakresie pkt 11

formularza ofertowego z dnia 31 października 2014 r., kwalifikacji stawki VAT, załącznika nr 9 do SIWZ. Zamawiający wyznaczył termin na dostarczenie informacji w sprawie odtajnienia ww. dokumentów do dnia 21 listopada 2014 r., godz. 12:00.

Pismem z dnia 21 listopada 2014 r., wykonawca Kamsoft S.A. poinformował, że nie

wyraża zgody na odtajnienie tych dokumentów, wskazując, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane innym uczestnikom postępowania.

W dniu 9 grudnia 2014 r., Odwołującemu udostępniono zastrzeżone dokumenty w postaci załącznika nr 13, 14, 15, 16 oferty wykonawcy Kamsoft S.A. oraz zastrzeżone wyjaśnienia, z uwagi na ich odtajnienie przez wykonawcę Kamsoft S.A. pismem z dnia 5 grudnia 2014 r.

W załączniku nr 14 do oferty, w pozycji „Wymagania funkcjonalne dotyczące – zakup sprzętu komputerowego – zestawów komputerowych w ilości 68 szt." pod poz. 19 „Oprogramowanie antywirusowe" wykonawca Kamsoft S.A. podał „Każdy z komputerów należy dostarczyć z oprogramowaniem antywirusowym ESET Endpoint Security SUITE z licencją na okres 3 rozbudowa o dodatkowe licencje do istniejącego systemu do systemu antywirusowego działającego u Zamawiającego w celu kompleksowego rozliczenia zarządzania systemem antywirusowym. {Dodano zapis: Zamawiający wymaga dostarczenia nowych licencji ESET Endpoint Security SUITE do istniejącego systemu antywirusowego działającego u Zamawiającego Zestaw pyt. 3 pyt. 52.}".

Pismem z dnia 7 listopada 2014 r., Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Kamsoft S.A. z prośbą o wyjaśnienie treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. W odniesieniu do załącznika nr 9 do SIWZ poz. 19 Zamawiający wskazał, że nie wynika z treści oferty czy oferowane jest oprogramowanie antywirusowe".

W odpowiedzi, pismem z dnia 12 listopada 2014 r., wykonawca Kamsoft S.A. potwierdził, że zaoferowane urządzenia spełniają wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, a – w odniesieniu do ww. pozycji – przedstawił wyjaśnienia następującej treści: „Oferujemy parametry zgodnie z wymaganiami SIWZ: oferujemy oprogramowanie antywirusowe ESET Endpoint Security SUITE".

Wykonawca CompuGroup Medical Polska S.A. zastrzegł w swojej ofercie, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. szczegółową specyfikację minimalnych wymagań technicznych.

Pismem z dnia 2 listopada 2014 r. wykonawca CompuGroup Medical Polska S.A. oświadczył, że nie podtrzymuje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa m.in. co do części oferty – załącznika nr 9 do SIWZ (Szczegółowa specyfikacja minimalnych wymagań technicznych) oraz dokumentów dotyczących oferowanego sprzętu (str. 98-144 oferty).

Wskazano, że po ponownym przeanalizowaniu treści oferty, z uwzględnieniem orzecznika KIO, wykonawca uznał, że zastrzeżenie tajemnicy w powyższym zakresie nie znajduje uzasadnienia.

Pismem z dnia 30 października 2014 r. wykonawca CompuGroup Medical Polska S.A., wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie do wglądu protokołu wraz z ofertami, w tym wszelkiej korespondencji, wezwań do wyjaśnień, wyjaśnień i innych dokumentów składanych w toku postępowania przez wykonawcę i zamawiającego.

Zamawiający na powyższy wniosek odpowiedział pismem z dnia 18 listopada 2014 r. informując, że w odpowiedzi na wniosek z dnia 30 października 2014 r. zaprasza w dniu 20 listopada 2014 r. celem udostępnienia ofert wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 20 listopada 2014 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu ofertę Kamsoft S.A., poza częścią zastrzeżoną, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 21 listopada 2014 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania wskazując, że najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca Kamsoft S.A.

W dniu 25 listopada 2014 r. Zamawiający udostępnił Odwołujący korespondencję kierowaną przez Zamawiającego do wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przyjęte przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, odniesione do oferty Odwołującego, wskazuje, że przedmiotowa oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu rankingu. W konsekwencji, zarzucone Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp

mogło powodować naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz szkodę z tego tytułu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, że **odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Podstawę uwzględnienia odwołania stanowił zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia dokumentów z oferty wykonawcy Kamsoft S.A., przez co doszło do naruszenia zasady jawności i przejrzystości postępowania oraz nierównego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, w tym ograniczenia prawa wykonawcy do zweryfikowania decyzji Zamawiającego. Powyższe naruszenie, w ocenie Izby, mogło mieć istotny wpływ**

na wynik postępowania, a tym samym spełniona została przesłanka z art. 192 ust. 2 Pzp. Izba nie znalazła jednocześnie podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty wykonawcy Kamsoft S.A. z treścią SIWZ w odniesieniu do oprogramowania antywirusowego. Postawiony w tym zakresie zarzut Izba uznała za bezzasadny.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione (brzmienie ust. 3 sprzed nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r., Dz. U.2014.1232; art. 3 ustawy nowelizującej – do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe).

W myśl art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W toku prowadzonego postępowania, w ocenie Izby, doszło do naruszenia ww. zasad, co mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Izba wzięła pod uwagę szczególne okoliczności niniejszej sprawy, zwłaszcza długi okres oczekiwania na zgodę Zamawiającego we wgląd w ofertę wybranego wykonawcy, czasową zbieżność tej czynności z wyborem oferty najkorzystniejszej, brak odtajnienia kluczowych dokumentów tej oferty, a w konsekwencji wynikające z tych okoliczności pozbawienie Odwołującego możliwości sprawdzenia, czy oferta wybranego wykonawcy jest zgodna z wymaganiami postawionymi w treści SIWZ.

Należy wskazać, że zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wybranego wykonawcy została objęta praktycznie cała techniczna część oferty, a więc w istocie wszystkie informacje determinujące ocenę w zakresie spełnienia wymagań wynikających z treści SIWZ. Poczynione w sprawie ustalenia nakazywały jednocześnie na przyjęcie stanowiska, że informacje zawarte w tych dokumentów nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa, co zostało pośrednio potwierdzone przez wybranego wykonawcę, który po złożeniu odwołania zgodził się na odtajnienie dokumentów i umożliwienie innym wykonawcom zapoznania się z ich treścią. W ocenie Izby, gdyby przedmiotowe informacje mogły zostać faktycznie zakwalifikowane do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, to wykonawca ten – który przed dokonaniem wyboru przez Zamawiającego obszernie i dwukrotnie argumentował za utrzymaniem zastrzeżenia tajemnicy – nie zdecydowałby się na ich udostępnienie do wiadomości Odwołującego. Przyjęty sposób postępowania mógł być wynikiem przyjętej taktyki

postępowania, w tym postępowania na etapie odwołania, nakierowanej na zdezaktualizowanie zarzutu zaniechania odtajnienia zastrzeżonych wcześniej dokumentów. W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie czynność tego wykonawcy w postaci zgody na odtajnienie i udostępnienie zastrzeżonych dokumentów nie mogła konwalidować zaniechań Zamawiającego, w szczególności nie eliminowała ona wady tego postępowania przejawiającej się w tym, że na moment wyboru oferty, a także na moment upływu terminu do wniesienia odwołania na czynność wyboru Odwołującemu została, w stopniu daleko idącym, ograniczona

w sposób bezpodstawny możliwość zapoznania się z ofertą konkurencyjnego wykonawcy, a tym samym możliwość sprawdzenia, czy oferta ta faktycznie spełnia wszystkie wymagania SIWZ. Jak wskazano wcześniej, Odwołujący nie miał dostępu jedynie do dokumentów, które mogłyby być, w tym kontekście, uznane za nieistotne, lecz dotyczyło to *de facto* całej technicznej strony oferty, a więc informacji kluczowych z punktu widzenia zgodności tej oferty z treścią SIWZ.

Zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w zastrzeżonych załącznikach nr 13, 14, 15 i 16, nie znajdowało przy tym, w ocenie Izby, uzasadnienia w okolicznościach niniejszej sprawy, przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia, jego opisu oraz formy sporządzonych przez Zamawiającego załączników do SIWZ. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W realiach niniejszej sprawy w pełni aktualny pozostaje pogląd Krajowej Izby Odwoławczej wyrażony w wyroku z dnia 30 października 2013 r., sygn. akt KIO 2398/13, iż szczegółowa specyfikacja minimalnych wymagań technicznych została w całości stworzona przez Zamawiającego. Specyfikacja ta była w dyspozycji wszystkich uczestników postępowania i nie może mieć przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczność, że pewne jej elementy wymagają wypełnienia poprzez podanie producenta i modelu urządzenia, tudzież producenta, nazwy, wersji oprogramowania nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania twórczego, koncepcyjnego charakteru tych informacji. Podobnie w wyroku z dnia 7 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1239/13, Izba wskazała, że tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego. W sposób krytyczny należało także ocenić zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa danych podmiotu udostępniającego zasoby, oparte na argumentacji, iż ujawnienie tych danych może skutkować namawianiem tego podmiotu przez konkurencję do odstąpienia od współpracy z wykonawcą. Wykonawca dla potwierdzenia tej współpracy składa zobowiązanie podmiotu trzeciego, czym udowodnia także realność udostępnienia. Okolicznością jednoznacznie potwierdzającą, iż powyższe

informacje nie powinny były korzystać z przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa potwierdza także fakt ich późniejszego udostępnienia przez wykonawcę. Trudno także uznać za właściwe przyjmowanie przez zamawiającego asekuracyjnej postawy przy podejmowaniu decyzji wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności, by to wykonawca przesądzał w istocie o zasadności tego zastrzeżenia. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, stoi na straży jawności tego postępowania, z czego wynikają dla niego określone obowiązki, w tym podjęcie decyzji, czy zastrzeżenie informacji nie narusza tej zasady. Warto odnotować, że w niniejszej sprawie Zamawiający tuż przed podjęciem decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty zwrócił się z prośbą do wykonawcy o odtajnienie dokumentów. Już sam fakt wystosowania takiej prośby może świadczyć o tym, że Zamawiający miał jednak wątpliwości, co do zasadności tego zastrzeżenia. W innym przypadku Zamawiający poprzestał by na wcześniej uzyskanych wyjaśnieniach w tym zakresie. Fakt odmowy uwzględnienia tej prośby nie powinien też stanowić okoliczności przesądzającej na rzecz wykonawcy. To nie wykonawca bowiem decyduje ostatecznie, czy w danym postępowaniu określone dokumenty powinny zostać odtajnione. Wykonawca decydujący się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi liczyć się z faktem, że postępowaniem tym rządzi zasada jawności, a tym samym, że określone dokumenty, przez niego uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa, mogą zostać odmiennie ocenione przez zamawiającego, będącego gospodarzem tego postępowania. Sama forma prośby, a więc oddanie w zasadzie do dyspozycji wykonawcy kwestii odtajnienia dokumentów, nie może być uznana za wystarczającą, ani zwalniającą zamawiającego z obowiązków wiążących się z koniecznością przeprowadzenia postępowania z zachowaniem naczelnej zasady, tj. zasady jawności.

Następnie, wymaga podkreślenia, że Odwołujący odpowiednio wcześniej podjął działania w celu umożliwienia zapoznania się z ofertą konkurencyjnego wykonawcy. Jak wynika z protokołu postępowania otwarcie ofert miało miejsce w dniu 27 października 2014 r. W dniu 30 października 2014 r. Odwołujący wystąpił o umożliwienie zapoznania się z tą ofertą. Zamawiający umożliwił dostęp do przedmiotowej oferty, jedynie w części nie zastrzeżonej, dopiero w dniu 20 listopada 2014 r. Jednocześnie w dniu 21 listopada 2014 r., Zamawiający

dokonał rozstrzygnięcia postępowania. W tym stanie rzeczy, Zamawiający doprowadził w istocie do tego, że Odwołujący nie mógł wcześniej zaskarżyć objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa kluczowych dokumentów tej oferty, musiał to połączyć z zarzutami dotyczącymi czynności wyboru, które to jednocześnie zarzuty mogły ograniczyć się jedynie do wąskiego zakresu informacji, w tym przypadku kwestii oprogramowania antywirusowego. Pozostała, praktycznie cała techniczna część oferty, zawierająca informacje niezasadnie zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie została udostępniona, a tym samym Odwołujący nie miał żadnej możliwości sprawdzenia, za pomocą przysługujących środków ochrony prawnej, czy treść tej oferty w całości odpowiada wymaganiom postawionym przez

Zamawiającego. W konsekwencji, prawo Odwołującego zostało w tym zakresie w sposób daleko idący ograniczone.

Powyższej oceny nie zmienia fakt, iż w dniu 9 grudnia 2014 r. Odwołującemu umożliwiono zapoznanie się z dokumentami wcześniej zastrzeżonymi, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Należy zauważyć, iż nastąpiło to już po wyborze oferty najkorzystniejszej, a co bardziej istotne, już po upływie terminu do wniesienia odwołania na czynność wyboru. Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie musi wskazywać m.in. okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania. Wskazana podstawa faktyczna odwołania wyznacza granice zarzutów odwołania. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości rozszerzenia granic (zarzutów) odwołania, o nowe okoliczności, których strona nie mogła powołać w terminie na wniesienie odwołania. Jednocześnie, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skoro zakres zarzutu determinują okoliczności faktyczne wskazane w jego podstawie to orzekanie o nowych okolicznościach, wcześniej nie podniesionych w terminie wniesienia odwołania, stanowiłoby wykroczenie poza granice odwołania. Z drugiej strony, wydaje się, że wniesienie odrębnego odwołania od czynności wyboru z dnia 21 listopada 2014 r., w oparciu o okoliczności, o których Odwołujący powziął wiedzę w dniu 9 grudnia 2014 r., mogłoby skutkować odrzuceniem tego odwołania, gdyż na moment jego wniesienia upłynąłby już termin 10 dni na wniesienie odwołania od czynności Zamawiającego, którą w przypadku tego odrębnego odwołania byłaby także czynność wyboru, podjęta w dniu 21 listopada 2014 r. W okolicznościach niniejszej sprawy prawo wykonawcy do sprawdzenia zgodności oferty konkurenta z treścią SIWZ byłoby więc zapewnione jedynie w sposób iluzoryczny – z jednej bowiem strony wykonawca w terminie na zaskarżenie czynności wyboru oferty nie mógł dochodzić sprawdzenia tej zgodności z uwagi na nieodtajnienie przez Zamawiającego praktycznie całej technicznej części oferty, która nie zawierała, zdaniem Izby, informacji kwalifikujących się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, z drugiej zaś strony, pomimo otrzymania dostępu do wcześniej zastrzeżonych dokumentów, wykonawca nie mógłby już kwestionować decyzji Zamawiającego, w tym oceny zgodności informacji wynikających z tych dokumentów z wymogami postawionymi w treści SIWZ, z uwagi na upływ terminu do wniesienia odwołania na czynność wyboru, jak również z uwagi na brak możliwości rozszerzenia granic odwołania (jak wskazano wcześniej wyznaczonych także przez wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne będącą podstawą stawianych zarzutów).

Izba nie podzieliła argumentu Zamawiającego, iż nawet przy założeniu, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, nie dokonując wcześniej odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Kamsoft S.A. to zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania, gdyż takie naruszenie nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania. Przeciwnie, w okolicznościach niniejszej sprawy brak odtajnienia

dokumentów mógł mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W pełni aktualny w realiach tej sprawy pozostaje pogląd Krajowej Izby Odwoławczej wyrażony w przywołanym przez Odwołującego wyroku z dnia 14 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 183/11, w którym wskazano, że: *„Izba, uznając podniesiony zarzut za zasady, uwzględniła odwołanie, stwierdzając,* że *podstawą do uwzględniania odwołania było niezasadne utajnienie części oferty Przystępującego, co może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie może akceptować coraz częstszych praktyk,* że *wykonawcy zajmujący drugą pozycję na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w* żaden *sposób sprawdzić, czy inna złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanym w*

siwz, gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, który przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust. 4 ustawy o z.n.k.".

Przede wszystkim, poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów nastąpiło naruszenie zasady jawności postępowania. Jawność postępowania jest zaś fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych. Właściwe respektowanie tej zasady stanowi punkt wyjścia dla zapewnienia uczestnikom postępowania równych praw, możliwości wzajemnego uczciwego konkurowania, w tym korzystania z przysługujących uprawnień, także uprawnień do poddania weryfikacji decyzji i ocen zamawiającego, m.in. weryfikacji zgodności innej złożonej oferty z wymaganiami opisanymi przez zamawiającego w treści SIWZ. Z uwagi na rangę zasady jawności, jej fundamentalny charakter, naruszenie tej zasady należy kwalifikować, jako poważne naruszenie reguł postępowania, w szczególności, gdy w konkretnym postępowaniu pochodną naruszenia zasady jawności jest daleko idące ograniczenie możliwości zweryfikowania prawidłowości konkurencyjnej oferty (z jednej strony) i podjętej w zakresie tej oferty oceny zamawiającego (z drugiej strony), a tym samym stworzenie takich warunków postępowania, w których trudno mówić o zapewnieniu równego traktowania wykonawców i zachowaniu uczciwej konkurencji. Nie ulega zaś wątpliwości składu orzekającego w niniejszej sprawie, że wskazane generalne zasady prowadzenia postępowania, z perspektywy sytuacji wykonawcy, znajdują swoje urzeczywistnienie także w możliwości sprawdzenia, czy inna oferta jest zgodna z wymogami zamawiającego. Ograniczenie zakresu tego sprawdzenia, poprzez nieodtajnienie dokumentów kluczowych z punktu widzenia oceny zgodności oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji uniemożliwienie skorzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej w zakresie przynależnym wykonawcy i w sposób pozwalający na koncentrację materiału dowodowego i zarzutów, musi być w konsekwencji kwalifikowane, jako naruszenie tych generalnych zasad i wynikających z nich dla zamawiającego obowiązków.

Izba nie uznała także twierdzeń Zamawiającego, że z uwagi na działania Przystępującego w postaci zgody na udostępnienie wcześniej zastrzeżonych dokumentów, odwołanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe, a spór niejako wygasł. Jak wskazano

wcześniej powyższa okoliczność nie eliminowała faktu, że wskutek zaniechań Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości sprawdzenia oferty konkurenta i rozstrzygnięcia o wszystkich ewentualnych wątpliwościach, które mógłby powziąć i podnieść w odwołaniu, gdyby znana mu była wcześniej treść nieodtajnionych dokumentów. Ponadto, prezentowane przez Zamawiającego stanowisko w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wskazywało, że Zamawiający podtrzymywał swoją ocenę, iż nie miał obowiązku i podstaw do odtajnienia dokumentów. Wywodzono więc, że nie doszło w tym zakresie do żadnego zaniechania. Co także istotne, Zamawiający argumentował, że po wyborze oferty nie podejmował już żadnych własnych działań dotyczących odtajnienia dokumentów. Działania Zamawiającego ograniczyły się w zasadzie do wykonania decyzji wykonawcy, który zgodził się na udostępnienie wcześniej zastrzeżonych dokumentów. W tym stanie rzeczy, Izba uznała, że na moment wyrokowania spór, co do zaniechania przez Zamawiającego podjęcia decyzji o odtajnieniu dokumentów pozostawał nadal aktualny, a tym samym Izba uprawniona była do rozstrzygnięcia, czy doszło w tym zakresie do zaniechania. Zamawiający nie uwzględnił odwołania w części dotyczącej zarzucanego zaniechania, przeciwnie dowodził, że zastrzeżenie tajemnicy było uzasadnione, a sam nie podejmował żadnych własnych decyzji w tym zakresie po dokonanym wyborze oferty. W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie o aktualności i zasadności zarzutu nie mogą przesądzać decyzje wykonawcy (w tym przypadku decyzja Przystępującego o udostępnieniu dokumentów), lecz czynności zamawiającego, gdyż to one podlegają ocenie w kontekście zgodności z przepisami ustawy Pzp. Należy zauważyć, że w przypadku, gdyby wykonawca ten nie zgodził się na udostępnienie zastrzeżonych dokumentów, przy zajętym przez Zamawiającego stanowisku o zasadności nieodtajnienia dokumentów, Izba w okolicznościach tej sprawy uznałaby zaniechanie odtajnienia, mające wpływ na wynik postępowania. Jak wskazano wcześniej dokładna analiza zastrzeżonych informacji nie potwierdza bowiem, by spełniały one wymagania z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co potwierdził sam wykonawca, zgadzając się na ich udostępnienie. O konieczności stwierdzenia powyższego zaniechania nie może przesądzać postępowanie wykonawcy. W związku z tym w realiach tej sprawy działania Przystępującego nie wyłączały konieczności stwierdzenia przez Izbę zaniechania, którego dopuścił się Zamawiający. Przyjęcie przeciwnego stanowisko mogłoby prowadzić do sytuacji, gdy korzystanie ze środków

ochrony prawnej stałoby się, w odniesieniu do zaniechania odtajnienia dokumentów niezasadnie zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, iluzoryczne. Przy braku decyzji zamawiającego o odtajnieniu tych dokumentów, nie uznaniu przez zamawiającego zarzutu zaniechania ich odtajnienia, wykonawca zawsze mógłby przyjąć tego rodzaju taktykę procesową, udostępnić dokumenty po terminie na wniesienie odwołania, i zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego także argumentować, że skoro dokumenty zostały udostępnione to zarzut jest bezprzedmiotowy i nie ma wpływu na wynik postępowania. W

niniejszej sprawie, zdaniem składu orzekającego, w sytuacji gdy zaniechanie odtajnienia dokumentów skutkowało tak daleko idącym ograniczeniem prawa do zweryfikowania zgodności tej oferty z treścią SIWZ, nawet gdyby udostępnienie tych dokumentów było następstwem decyzji Zamawiającego, a więc uznaniem przed wydaniem wyroku, że doszło w tym zakresie do zaniechania, to i tak nie mogłoby to prowadzić do stwierdzenia, że konwalidowane na etapie odwołania zaniechanie nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba uznała zasadność nakazania Zamawiającemu odtajnienia dokumentów wskazanych w sentencji wyroku. Z uwagi, iż powyższe zaniechanie mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania Izba nakazała jednocześnie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Poprzestanie jedynie na rozstrzygnięciu kwestii odtajnienia dokumentów nie przywróciłoby Odwołującemu prawa do możliwości sprawdzenia zgodności oferty konkurencyjnej z treścią SIWZ, które to prawo wskutek zaniechania Zamawiającego zostało na tym etapie postępowania w sposób istotny ograniczone. Izba nie mogła jednocześnie przesądzić, by decyzja Zamawiającego o wyborze oferty była niewłaściwa w związku z innymi okolicznościami, podnoszonymi przez Odwołującego w piśmie procesowym. Okoliczności te, wskutek działań Zamawiającego, nie mogły dotychczas stać się przedmiotem odwołania, a tym samym nie mogły być przedmiotem oceny Izby. Zamawiający w toku dalszego postępowania wykona nakazane przez Izbę czynności. Ponowny wybór będzie następstwem przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny ofert. W tym zakresie do decyzji Zamawiającego pozostaje ewentualne wzięcie pod uwagę kwestii, których Odwołujący nie mógł wcześniej podnosić, i które nie mogły też stać się przedmiotem oceny Izby, oraz ich ewentualnego wpływu na wcześniejszą decyzję, co do wyboru wykonawcy, czy też uznanie, iż kwestie te nie zmieniają wcześniejszej oceny. Należy wskazać, że zamawiający do czasu zawarcia umowy może skorygować swoje czynności, jeżeli stwierdzi zaistnienie ku temu podstaw. Udzielenie zamówienia publicznego musi bowiem nastąpić zgodnie z przepisami prawa. Niezależnie od decyzji Zamawiającego, Odwołujący będzie już jednak mógł ewentualnie dochodzić sprawdzenia tej oceny w zakresie, w jakim dotychczas został pozbawiony takiej możliwości wskutek nieodtajnienia dokumentów konkurencyjnego wykonawcy.

Reasumując, w ocenie Izby odwołanie ze względu na powyższe zarzuty i okoliczności podlegało uwzględnieniu. Izba nie uznała argumentów Zamawiającego nakierowanych na wykazanie braku interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na to, iż kwota oferty Odwołującego przewyższa kwotę podaną przez Zamawiającego, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Różnica ta jest nieznaczna (wynosi 19.050 zł). Przede wszystkim jednak Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że rzeczywiście nie ma możliwości zwiększania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W tym zakresie

argumentacja Zamawiającego ograniczyła się do wskazania brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nie przedstawił żadnych rzeczowych argumentów, ani dowodów, które mogłyby potwierdzić brak możliwości zwiększenia tej kwoty, a to na nim spoczywał w tym zakresie ciężar dowodowy.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia drugiego z zarzutów odwołania związanego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawca Kamsoft S.A., pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści

SIWZ, co dotyczy: oferowanych zestawów komputerowych - w zakresie oprogramowania antywirusowego (poz. 19 załącznika nr 9 do SIWZ). W ocenie Izby oferta wykonawcy w tym zakresie jest zgodna ze SIWZ. Wykonawca wskazał wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego. Forma podania tych informacji nie mogła przesądzić o odrzuceniu oferty. Fakt, iż wykonawca użył formy bezokolicznika „należy dostarczyć" nie świadczy o tym, iż wykonawca nie objął swoim zamiarem i wolą zaoferowanie oprogramowania antywirusowego. Wykładnia powyższej części oferty nie mogła być przy tym zawężona jedynie do brzmienia poz. 19 załącznika nr 14 do oferty wykonawcy. Wykonawca w formularzu ofertowym potwierdził, że oferuje przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Ponadto, należy zauważyć, że wskutek pytania tego wykonawcy zostało zmienione brzmienie ww. pozycji SIWZ. Nie sposób uznać, by wykonawca, który już na etapie przygotowywania oferty podejmował starania o doprecyzowanie tej części wymogów Zamawiającego, pominął je następnie w samej oferty, tym bardziej, że jak wskazano wcześniej, wymagana pozycja została wypełniona, a sama treść tej pozycji powtarzała zmodyfikowane brzmienie treści specyfikacji. Okoliczności tej sprawy nakazywały więc przyjęcie wniosku, że wykonawca ten objął swoim zamiarem zaoferowanie wymaganego oprogramowania antywirusowego, czemu dał wyraz w treści swojej oferty. Ponadto, Izba miała na względzie sposób sporządzenia przez Zamawiającego formularza załącznika nr 9. Zamawiający na rozprawie podniósł, że formularz ten nie zawierał, zwyczajowo stosowanej, odrębnej kolumny na dodatkowe potwierdzenie przez wykonawcę oferowania każdego elementu z poszczególnych pozycji. Minimalnym wymogiem w odniesieniu do rozpatrywanej kwestii oprogramowania antywirusowego było więc, zdaniem Izby, wypełnienie kolumny tego załącznika treścią odpowiadającą wymogom postawionym w treści specyfikacji. W połączeniu z oświadczeniem zawartym w formularzu ofertowym pozwalało to na przyjęcie, że wykonawca oferuje właśnie to, co zostało zawarte w tej kolumnie. W toku rozprawy Izba ustaliła, że także Odwołujący niektóre pozycje z załącznika nr 9, zaoferował poprzez przeniesienie dokładnego brzmienia treści specyfikacji. Przyjęcie

takiej formy sporządzenia oferty nie mogło samo w sobie oznaczać niezaoferowania określonego produktu. W przypadku wątpliwości, wskutek wezwań Zamawiającego, wykonawca przedłożył odrębne oświadczenia. Izba nie uznała, by Przystępujący nie miał prawa do tożsamego potwierdzenia zaoferowania oprogramowania antywirusowego. Bez znaczenia jest przy tym, czy oświadczenie to zostało zawarte w formie odrębnego dokumentu składanego wskutek wezwania. Istotnym było bowiem to, że pierwotna treść oferty Przystępującego zawierała w tym zakresie wymagane informacje. W zasadzie, w ocenie Izby, Zamawiający nie musiał nawet wzywać wykonawców (zarówno Przystępującego, jak i Odwołującego) do potwierdzenia zaoferowania wymaganego oprogramowania antywirusowego, gdyż już sama pierwotna treść oferty zawierała wystarczające informacje. Zamawiający wskazał, że wezwanie w tym zakresie było nakierowane jedynie na uzyskanie potwierdzenia od wykonawców oferowania wymaganego produktu. W ocenie Izby, wskutek wezwania Zamawiającego nie nastąpiło ani uzupełnienie oferty, nie miały miejsce negocjacje między wykonawcą a Zamawiającym, jak również nie doszło do poprawienia oferty, czy kreowania nowych treści oferty. Należy ponadto wskazać, że to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodowy wykazania podnoszonej sprzeczności oferty z treścią SIWZ. Chybione było argumentowanie, że Przystępujący nie udowodnił i nie wskazał miejsca oferty, z którego wynikałoby jego twierdzenie o zaoferowaniu wymaganych, konkretnego producenta licencji zgodnie z wymogami SIWZ. To Odwołujący powinien był udowodnić zarzucany brak oferty, który w ocenie Izby nie miał miejsca, gdyż jak wskazano wcześniej już pierwotna treść oferty zawierała wszystkie niezbędne informacje, a z samej formy użytego czasownika nie można było wywodzić, że wykonawca nie zaoferował wymaganego oprogramowania antywirusowego odpowiadającego treści SIWZ.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (§ 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……