Sygn. akt: KIO 1993/13

WYROK
z dnia 2 września 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2013 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Comarch Polska S.A. (Lider), Premium Technology Polska Sp. z o.o. Sp. komandytowa (Partner), z siedzibą dla Lidera w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Ministra Finansów, którego reprezentuje Dyrektor Izby Celnej w Toruniu,**

przy udziale wykonawcy **INGRIFO Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje uniewa nienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym:
   a) odtajnienie cześć pisma stanowiącego wyjaśnienia Przystępującego z dnia 30 lipca 2013 roku w punkcie oznaczonym numeracją II – wyjaśnienie treści oferty w zakresie wymagania TR_ZPT_8 oraz IV – uzasadnienie zastrze enia, a tak e odtajnienie części pisma stanowiącego wyjaśnienia Przystępującego z dnia 31 lipca 2013 roku,

str. 2 i 3 od akapitu drugiego zawierającego uzasadnienie zastrze enia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa;
   b) odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niegodności treści tej oferty z treścią SIWZ w zakresie wymagania oznaczonego w SIWZ TR_ZPT_8 z uwzględnieniem okoliczności wynikających z uzasadnienia orzeczenia;
   c) w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala
2. kosztami postępowania obcią a Zamawiającego – **Ministra Finansów, którego reprezentuje Dyrektor Izby Celnej w Toruniu** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Comarch Polska S.A. (Lider), Premium Technology Polska Sp. z o.o. Sp. komandytowa (Partner), z siedzibą dla Lidera w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Zamawiającego – **Ministra Finansów, którego reprezentuje Dyrektor Izby Celnej w Toruniu** na rzecz **Konsorcjum: Comarch Polska S.A. (Lider), Premium Technology Polska Sp. z o.o. Sp. komandytowa (Partner), z siedzibą dla Lidera w Krakowie** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania .

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Toruniu.**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1993/13

Uzasadnienie

W dniu 16 sierpnia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z dnia 9 sierpnia 2013 roku, poz. 907; dalej jako „ustawa Pzp"), odwołanie zło yli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - Comarch Polska S.A. (lider konsorcjum) oraz Premium Technology Polska Sp. z o.o. Sp. komandytowa (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Krakowie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na „zaprojektowanie, realizację, dostawę, wdro enie i utrzymanie Systemu TestReg" (nr sprawy 430000-ILGW-253-4/13) przez Zamawiającego Ministra Finansów, którego reprezentuje Dyrektor Izby Celnej w Toruniu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 29.05.2013 r., pod numerem 2013/S 102-174592.

Odwołanie wniesiono od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu polegającej na wyborze oferty Ingrifo Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej „Ingrifo" lub „Przystępujący") jako oferty najkorzystniejszej, pomimo e oferta Ingrifo powinna zostać odrzucona, a jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego;
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Ingrifo na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 treść oferty Ingrifo nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych ustawy Pzp, pomimo i Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ");
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrze onych przez Zamawiającego jako niejawne wezwania/wezwań skierowanych do Ingrifo jak i zastrze onych przez Ingrifo jako niejawnych wyjaśnień treści oferty Ingrifo będących odpowiedziami na wezwanie/wezwania Zamawiającego (zastrze onych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), pomimo e informacje zawarte w zastrze onych dokumentach/wyjaśnieniach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wyboru oferty zło onej przez Odwołującego jako oferty

najkorzystniejszej, pomimo e Odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty zło onej przez Ingrifo jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Ingrifo powinna zostać odrzucona, a tak e zaniechanie wyboru oferty zło onej przez Odwołującego z uwagi, i Odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;
3. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ingrifo, pomimo i treść oferty Ingrifo nie odpowiada treści SIWZ;
4. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrze onych przez Zamawiającego jako niejawne wezwania/wezwań skierowanych do Ingrifo jak i zastrze onych przez Ingrifo jako niejawnych wyjaśnień treści oferty Ingrifo będących odpowiedziami na wezwanie/wezwania Zamawiającego (zastrze onych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), pomimo e informacje zawarte w zastrze onych dokumentach/wyjaśnieniach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powy szym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu uniewa nienia wyboru oferty Ingrifo jako oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Ingrifo na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp;
4. nakazanie Zamawiającemu, aby odtajnił (ujawnił) zastrze one przez Zamawiającego jako niejawne wezwania/wezwań skierowanych do Ingrifo jak i zastrze one przez Ingrifo jako niejawnych wyjaśnień treści oferty Ingrifo będących odpowiedziami na wezwanie/wezwania Zamawiającego (zastrze onych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), a tak e nakazanie Zamawiającemu, aby zawiadomił Odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) dokumentów/wyjaśnień/oświadczeń oraz udostępnił Odwołującemu dokumenty/wyjaśnienia/ oświadczenia;

---

5. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty zło onej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesiono, e Odwołujący zło ył ofertę w postępowaniu a w dniu 7 sierpnia 2013 r. otrzymał mailem i faksem od Zamawiającego pismo - „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Ingrifo jako oferty najkorzystniejszej. Na drugim miejscu uplasowała się oferta Odwołującego.

1. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ingrifo, pomimo i treść oferty Ingrifo nie odpowiada treści SIWZ. W ofercie nie wykazano spełnienia wymagań SIWZ w zakresie mo liwości dostępu do funkcji zaoferowanych narzędzi z poziomu przeglądarek WWW u ywanych przez Zamawiającego, w tym co najmniej: Mozilla FireFox wersja 3.6 lub nowszej, Microsoft Internet Explorer wersja 7 lub nowszej, na systemach operacyjnych z rodziny Windows oraz Linux, tj. wymagania TR_ZPT_8 w Załączniku nr 2 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia na stronie 15. Zamawiający jednocześnie wymagał przedstawienia przez Wykonawcę w ofercie: wykazu oferowanego oprogramowania (licencji/sublicencji) zgodnie z Rozdziałem X ust. 2 pkt 5 SIWZ.

Z wykazu oferowanego oprogramowania (licencji/sublicencji) zamieszczonego w ofercie Ingrifo wynika, e zaoferowanymi narzędziami są narzędzia:
• HP Quality Center (poz. 2, 5 i 6 tabeli na str. 6 oferty Ingrifo)
• NetIQ SecureLogin 7.0.1 (poz. 11 tabeli na str 6 oferty Ingrifo)
Zgodnie z wymaganiem TR_ZPT_8 narzędzia te muszą zarówno po stronie klienta oraz serwera wspierać systemy operacyjne rodziny Windows i Linux oraz przeglądarki Mozilla Firefox i Microsoft Internet Explorer. Brak pełnego wsparcia oznacza brak mo liwości dostępu do funkcji zaoferowanych narzędzi z poziomu przeglądarek WWW u ywanych przez Zamawiającego, w tym co najmniej: Mozilla FireFox wersja 3.6 lub nowszej, Microsoft Internet Explorer wersja 7 lub nowszej, na systemach operacyjnych z rodziny Windows oraz Linux.

Zgodnie z dokumentacją producentów zaoferowanych przez Ingrifo narzędzi, oprogramowanie to nie spełnia tych wymagań:
Narzędzia NetIQ SecureLogin pracują jedynie na systemach operacyjnych rodziny Windows (z informacji dostępnych na stronie internetowej: https://www.netiq.com/products/securelogin/technical-information/).
Narzędzia HP Quality Center po stronie stacji klienta posiadają wsparcie jedynie dla systemów operacyjnych z rodziny Windows oraz przeglądarki Microsoft Internet Explorer. Ze strony producenta tego oprogramowania wynika bezpośrednio brak wsparcia dla systemów

---

rodziny Linux oraz innych przeglądarek ni Microsoft Internet Explorer. Informacje na ten temat są powszechnie dostępne na stronie internetowej: https://hpln.hp.com/page/alrn-qc-enterprise-technical-specifications/.

Nale y równie zwrócić uwagę, e nie jest mo liwe spełnienie przez zaoferowane przez Ingrifo oprogramowanie HP Quality Center wskazanego wymagania SIWZ poprzez wykorzystanie komponentów typu Open IE Tab (http://ietab.mozdev.org/). Zgodnie

z dokumentacją ze strony producenta komponentu IE Tab (http://ietab.mozdev.org/), przy wykorzystaniu komponentu IE Tab dostęp do funkcji wspomnianych narzędzi HP Quality Center nadal odbywa się jedynie z poziomu przeglądarki Microsoft Internet Explorer na systemie operacyjnym z rodziny Windows. Komponent (rozszerzenie) ten powoduje jedynie, e zakładka przeglądarki Microsoft Internet Explorer wywoływana jest z poziomu przeglądarki Mozilla FireFox. W systemie operacyjnym nadal musi być więc zainstalowana przeglądarka Microsoft Internet Explorer, która pracuje jedynie na systemach operacyjnych rodziny Windows. Po odinstalowaniu przeglądarki Microsoft Internet Explorer funkcja nie będzie dostępna, gdy w rzeczywistości przedmiotowe narzędzia są uruchamiane z wykorzystaniem tej przeglądarki. Tak więc wymaganie w zakresie dostępu do funkcji zaoferowanych narzędzi poprzez przeglądarkę WWW Mozilla FireFox oraz dostępu do funkcji zaoferowanych narzędzi na systemach operacyjnych z rodziny Windows oraz Linux nie mo e być spełnione.

Ponadto nale y zauwa yć, e zgodnie z zamieszczonym w formularzu ofertowym Ingrifo na stronie 6 oferty wykazie oferowanego oprogramowania (licencji/sublicencji) brak jest wskazania dodatkowych komponentów typu IE Tab lub innych rozszerzeń.

Zgodnie z analizą źródeł na stronach HP oraz Microsoft, produkt HP Quality Center u ywa technologii Microsoft ActiveX, dostępnej tylko w środowisku Windows oraz przeglądarce Internet Explorer. Uniemo liwia to pracę z produktem w środowiskach Linux oraz Windows z innymi przeglądarkami. Uniemo liwia to tak e implementacje dedykowanych komponentów stworzonych przez wykonawcę w ramach wdro enia, poniewa technologia, w której został stworzony produkt HP Quality Center nie istnieje na wymagane w SIWZ platformy (Firefox na Windows i Linux oraz na sam system operacyjny Linux). Źródła : https://www.netiq.com/products/securelogjn/technical-information/ https://hpln.hp.com/page/alm-qc-enterprise-technical-specifications

2 W przypadku zarzutu niespełnienia wymagań SIWZ w zakresie braku mo liwości e definiowania wymagań w postaci tekstu, modelowania przypadków u ycia wskazano, Zamawiający w Załączniku nr 2 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia na stronie 15

---

zawarł wymaganie TR_ZPT_15: Moduł ZPT pozwala na definiowanie wymagań w postaci tekstu, modelowania przypadków u ycia.

Z wykazu oferowanego oprogramowania (licencji/sublicencji) zamieszczonego w ofercie Ingrifo na stronie 6 wynika, e zaoferowanymi narzędziami są jedynie narzędzia: HP Quality Center z dodatkiem HP QC Addl Req Mgt (poz. 6, wykaz licencji). Ingrifo nie oferuje rozszerzenia BluePrint, które pozwala na modelowanie przypadków u ycia, (źródło - http ://h20229. www2 ,hp. com/partner/directorv/ax/ ca/blueprints vs-blueprint-requirements-center.html). Oferowane przez Ingrifo oprogramowanie zawiera jedynie dodatek HP QC Addl Reqs Mgmt Site SW E-LTU do produktu HP Quality Center, pozwalający na pracę z wymaganiami tylko i wyłącznie na poziomie tekstu. Oferowane narzędzie nie pozwala natomiast na modelowanie przypadków u ycia (diagram), a jedynie na zapis przypadków u ycia w postaci tekstu oraz dołączanie obrazków co w adnym razie nie spełnia przedmiotowego wymagania SIWZ.

Zgodnie z wymaganiem TR_ZPT_15 oraz jego uszczegółowieniem w wyjaśnieniach SIWZ z dnia 19 czerwca 2013 w punkcie 2, narzędzie musi posiadać mo liwość definiowania wymagań w postaci tekstu oraz modelowania przypadków u ycia w postaci diagramów.

W przypadku oferowanego przez Ingrifo produktu HP Quality Center wraz z dodatkiem HP QC Addl Reqs Mgmt (poz tabeli 6.) nie ma mo liwości modelowania przypadków u ycia, a jedynie dołączanie obrazków co nie spełnia wymagania.

3. Odwołujący zaznaczył, e Zamawiający wzywał Ingrifo do wyjaśniania treści oferty, a Ingrifo takich wyjaśnień udzielało. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 7 sierpnia 2013 roku o udostępnienie między innymi treści tych dokumentów/wyjaśnień/oświadczeń, ale Zamawiający udostępnił Odwołującemu tylko część „korespondencji" z Ingrifo w zakresie wskazanym w protokole z dnia 9 sierpnia 2013 r. z czynności udostępnienia do wglądu i wykonania fotokopii protokołu z postępowania.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu wezwanie z dnia 26 lipca 2013 skierowane

do Ingrifo do zło enia wyjaśnień treści oferty - odpowiedź Ingrifo (prawdopodobnie z dnia 30 lipca 2013 r.) nie została natomiast udostępniona Odwołującemu. Zamawiający ustnie odmówił udostępnienia z uwagi na utajnienie treści tych wyjaśnień przez Ingrifo. Według wiedzy Odwołującego uzyskanej od Zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2013 roku, Zamawiający po otrzymaniu pierwszej odpowiedzi od Ingrifo (na wezwanie z dnia 26 lipca 2013 r.) zwracał się o kolejne wyjaśnienia do tej firmy (prawdopodobnie w dniu 30 lipca 2013 r.), ale nie udostępnił tego pisma Odwołującemu. Zamawiający ustnie odmówił z uwagi na fakt, e przedmiotowe pismo zawiera „cytaty" z „pierwszych" wyjaśnień Ingrifo. W odpowiedzi na to kolejne wezwanie Zamawiającego, Ingrifo zło yło wyjaśnienia (prawdopodobnie

---

pismem z dnia 31 lipca 2013 r.), ale ich treść równie nie została udostępniona Odwołującemu. Odwołujący podnosił, e treść wszystkich (zarówno tych o których Odwołujący ma wiedzę jak i jej nie ma) wezwań Zamawiającego jak i treść wszystkich wyjaśnień składanych przez Ingrifo powinna zostać udostępniona przez Zamawiającego, a zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia tych

narusza przepisy Pzp. Treść tych dokumentów/wyjaśnień/oświadczeń ustawy nie bowiem stanowi tajemnicy dokumentów/wyjaśnień/oświadczeń

przedsiębiorstwa
w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający jak i Ingrifo nie wykazało zasadności zastrze enia informacji tajemnica przedsiębiorstwa (spełnienia wymagań z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

W szczególności zwrócono uwagę na to, e Ingrifo w swoje ofercie zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie „wykaz referencji" i „wykaz osób". Pozostała część oferty jest jawna. Zastrze enie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust 3 ustawy Pzp musi nastąpić nie później ni w terminie składania ofert. W szczególności nale y wskazać, e jawny jest w ofercie Ingrifo „wykaz oferowanego oprogramowania

dotyczyła Zamawiającego z Ingrifo. (licencji/sublicencji), którego korespondencja

Wyjaśnienia dotyczące części jawnej oferty te więc powinny być jawne. Nawet gdyby uznać, e wyjaśnienia te (jak i wezwanie/wezwania Zamawiającego) zawierają informacje, których nie ma w części jawnej oferty to te nie powinny być utajnione z uwagi na brak stosownego zastrze enia przez Ingrifo zło onego w dacie składania ofert. Zamawiający jak i Ingrifo nie wykazało równie , e charakter tych informacji pozwala na ich utajnienie jak i nie wykazało podjęcia w stosunku do nich niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Zamawiający ra ąco naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzpw związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrze onych przez Zamawiającego jako niejawne wezwania/wezwań skierowanych do Ingrifo jak i zastrze onych przez Ingrifo jako niejawnych wyjaśnień treści oferty Ingrifo będących odpowiedziami na wezwanie/wezwania Zamawiającego (zastrze onych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), pomimo e informacje zawarte w zastrze onych dokumentach/wyjaśnieniach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub uniewa nieniu postępowania, z tym e oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. W przepisie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp ustanowiona została zasada, e postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Zamawiający mo e ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy). Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, je eli wykonawca, nie później ni w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, e nie mogą być one udostępniane.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - „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."
Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa" zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, i za taką tajemnicę mo e być uznana określona informacja (wiadomość), je eli spełnia łącznie trzy warunki:
i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, e przepis ten wyłącza mo liwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które mo na uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, e informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy ka dy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) mo e dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - nale y zaznaczyć, i podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie mo e dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez adnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego dokonane przez Zamawiającego i Ingrifo zastrze enia oświadczeń/wyjaśnień/dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Ingrifo nie dokonało te w terminie składania ofert zastrze enia tych treści. W związku z powy szym zgodnie z uchwałą Sądu Najwy szego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) powinien odtajnić zastrze one informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Pzp.

Odnośnie cię aru dowodu w orzeczeniu o sygn. akt: KIO 2079/10 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, e „Cię ar udowodnienia, e zastrze one informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrze enia dokonuje. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, i cię ar ten spoczywa wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrze enia podniósł w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrze enia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, e wykonawca jest obowiązany wykazać, i podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrze onych informacji."

Nale y stwierdzić, e działania Zamawiającego i Ingrifo zmierzają nie do ochrony faktycznej tajemnicy przedsiębiorstwa, ale do uniemo liwienia innym wykonawcom ewentualnej weryfikacji dokumentów/oświadczeń/wyjaśnień składanych w przedmiotowym postępowaniu.

W zdaniu końcowym Odwołujący zaznaczył, e ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, e ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący zło ył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę, gdy jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza - pomimo i jest taką ofertą. Czynności i zaniechania Zamawiającego bezpodstawnie uniemo liwiają wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego uniemo liwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Odwołujący nie mo e więc osiągnąć korzyści (zysku), które Odwołujący zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia.

Ponadto gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy i odtajnił (ujawnił) i udostępnił Odwołującemu zastrze one przez Zamawiającego jako niejawne wezwania/wezwań skierowanych do Ingrifo jak i zastrze one przez Ingrifo jako niejawne

treści oferty będące na wyjaśnienia Ingrifo odpowiedziami wezwanie/wezwania Zamawiającego (zastrze one jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), Odwołujący miałby mo liwość zweryfikowania ich prawidłowości, co zwiększyłoby szansę Odwołującego na wykazanie, i oferta Ingrifo nie odpowiada treści SIWZ, a więc równie zwiększyłoby szanse Odwołującego na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wskazane

w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Czynności i zaniechania Zamawiającego bezpodstawnie uniemo liwiają wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Wpis od odwołania w odpowiedniej wysokości został w terminie uiszczony na rachunek UZP.

W dniu 22 sierpnia 2013 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2013 roku, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Ingrifo Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Warszawie, wskazując, e posiada i posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, poniewa jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Uwzględnienie odwołania uniemo liwi mu więc uzyskanie zamówienia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Kopia przystąpienia przekazana została Zamawiającemu i Odwołującemu, a przystąpienie uznano za skuteczne.

Zamawiający zło ył pisemną odpowiedź na odwołanie, w które przedstawił argumentację, jego zdaniem przemawiającą za oddaleniem odwołania w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert zło onych w postępowaniu, wezwań Zamawiającego oraz wyjaśnień zło onych przez Przystępującego, dokumentów zło onych przez Strony i Uczestnika postępowania włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zwa ył, co następuje:

Ustalono, e nie została wypełniona adna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, e wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany mo liwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta

Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, e Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przedstawił stan faktyczny zaistniały w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, w tym w prawidłowym brzmieniu przytoczył postanowienia SIWZ w zakresie wymagań ustalonych przez Zamawiającego dla systemu zamawianego w postępowaniu. Właściwie opisane w odwołaniu zostały dokumenty znajdujące się w ofercie Przystępującego oraz dokumenty zło one przez tego wykonawcę w wyniku wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty.

Biorąc powy sze ustalenia pod uwagę, Izba zwa yła, i odwołanie zasługuje na uwzględnienie, poniewa potwierdziła się część z zarzutów przedstawiona w odwołaniu dotycząca niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ oraz nieuprawnionego nieudostępnienia części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób nieuprawniony zastrze onej przez Przystępującego jako tajemnica

przedsiębiorstwa.

Zarzutu naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała w części za zasadny.

Istotą sporu było, czy informacje zastrze one jako tajemnica przedsiębiorstwa walor ten istotnie posiadają.

Co do kwestii natury ogólnej, zwa yć nale y i zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest generalną i naczelną zasadą zamówień publicznych, zaś wszelkie wyjątki od niej winny być interpretowane w sposób ścisły, ostro ny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Zasada jawności postępowania obejmuje wszelkie zainteresowane podmioty, a więc jest zasadą *erga omnes*. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, i ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu Zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale równie dla ka dego zainteresowanego. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający mo e ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy

Pzp przewiduje, e nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, je eli wykonawca, nie później ni w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, e nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie mo e przy tym zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie (art. 86 ust. 4 ustawy Pzp).

Realizacja wyjątków od zasady jawności uregulowanej w ustawie Pzp jest oparta na przepisach szczególnych, w tym przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa została określona w art. 11 ust. 4 ww. ustawy, który stanowi, e: „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".

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa" zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, i za taką tajemnicę mo e być uznana określona informacja (wiadomość), je eli spełnia łącznie trzy warunki:

1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,

2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zatem, uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym".

Powy szy przepis przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym mogą oni zgodnie z uregulowaniami art. 8 ust. 4 ustawy Pzp zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiejkolwiek kontroli. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsiębrane przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, w celu zachowania zasady jawności w prowadzonym postępowaniu zamawiający ma obowiązek weryfikacji dokonanego przez wykonawców zastrze enia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pod kątem jego zasadności. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrze enia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwy szy w uchwale z dnia 21 października 2005

roku, sygn. akt III CZP 74/05. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrze enia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrze onych informacji. Tym samym zastrze enie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzonego odpowiedniego badania przesądzi, e zastrze one informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie zarówno treści zawartych w zastrze onych dokumentach, jak i okoliczności towarzyszących zastrze eniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie mo e natomiast w sposób bezkrytyczny opierać się jedynie na zastrze eniu, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania się zastrze eniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Podkreślić nale y, i przyczyny wyłączenia jawności winny mieć charakter na tyle obiektywny, by mo liwa była ich weryfikacja zarówno przez Zamawiającego, jak i w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Zamawiający nie mo e zastrze onych informacji traktować całościowo, ale musi do ka dej informacji podchodzić indywidualnie i w efekcie tych działań mo e w stosunku do niektórych informacji uznać, e mo na je ujawnić mimo formalnie poprawnego zastrze enia dokonanego przez wykonawcę.

Nie negując faktu, i skuteczne zastrze enie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa powinno nastąpić na etapie składania oferty, zgodzić nale y się z Zamawiającym i Przystępującym, i w pewnych określonych przypadkach mo liwe jest poczynienie zastrze enia na późniejszym etapie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, np. przy składaniu wyjaśnień. Termin wynikający z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się bowiem do dokumentów i oświadczeń składanych razem z ofertą. Siłą rzeczy termin ten nie mo e odnosić się do dokumentów i oświadczeń składanych na etapie późniejszym, poniewa nie istnieją one w terminie składania ofert. Nie mo na równie wykluczyć sytuacji, e nawet je eli w ofercie nie zastrze ono pewnych informacji, to składane wyjaśnienia dotyczące informacji z oferty są na tyle szczegółowe, e materializuje się konieczność objęcia ich klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie uznano, e mo liwe byłoby zastrze enie wyjaśnień składanych do jawnej części oferty, o ile spełnione zostałyby wszystkie przesłanki, aby takie informacje uznać mo na byłoby za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc powy sze rozwa ania do niniejszej sprawy Izba stwierdziła, co następuje: W dniu 26 lipca 2013 roku Zamawiający zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści zło onej oferty w zakresie wymagań TR_SYS_2, TR_ZPT_8, TR_ZPT_15. Wykonawca w dniu 30 lipca 2013 roku zło ył wyjaśnienia, jednocześnie zaznaczając, e zastrzega treść pisma jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W piśmie,

oprócz odniesienia się do wezwania w zakresie merytorycznym, znajdowało się uzasadnienie, z podaniem przyczyn zastrze enia informacji. W dniu 30 lipca Zamawiający ponownie wystosował do Przystępującego wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, utajnił jednak jego treść, poniewa nawiązywał w niej do zło onych przez wykonawcę wyjaśnień. W dniu 31 lipca 2013 roku wykonawca zło ył ponowne wyjaśnienia i ponowie utajnił ich treść, wskazując na zasadność utajnienia.

Zdaniem Izby Zamawiający w oparciu o otrzymane wyjaśnienia z dnia 30 i 31 lipca 2013 roku zło one przez Przystępującego dokonał błędnej oceny, i w wystarczający sposób uzasadniają one zastrze enie całej informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uznano, e odtajnieniu powinna podlegać cześć pisma Przystępującego z dnia 30 lipca 2013 roku w punkcie oznaczonym numeracją II – wyjaśnienie treści oferty w zakresie wymagania TR_ZPT_8 oraz IV – uzasadnienie zastrze enia, a tak e część pisma Przystępującego z dnia 31 lipca 2013 roku, str. 2 i 3 od akapitu drugiego zawierającego uzasadnienie zastrze enia.

Informacje dotyczące uzasadnienia zastrze enia mają charakter bardzo ogólny, zawierają rozwa ania prawne co do definicji i charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, przesłanek skuteczności jej zastrze enia, przywołują orzecznictwo. Nie odnoszą się więc do specyfikacji technicznej dostarczanego rozwiązania, konfiguracji, czy te instalacji oprogramowania.

Wyjaśnienie treści oferty w piśmie z dnia 30 lipca 2013 roku natomiast odnosi się wprost do treści wynikającej z oferty, mianowicie wykazu oprogramowania stanowiącego

integralną treść oferty, który przez Przystępującego nie został zastrze ony i przywołuje ujęte w wykazie oprogramowanie. Wbrew twierdzeniom Przystępującego w tej części wyjaśnienia nie stanowią uszczegółowienia treści oferty ale wprost odnoszą się do jej treści, która od momentu zło enia oferty jest jawna. Przystępujący z nazwy wymienia oprogramowanie ujęte w wykazie oprogramowania, która to nazwa znana jest uczestnikom postępowania. Nie jest to tak e nowa informacja, która pojawiła się w późniejszym etapie, po upływie terminu na zło enie oferty.

O ile pozostałe informacje zawarte w dalszych punktach obu zło onych wyjaśnień rzeczywiście stanowią uszczegółowienie oferty, pokazują sposób, w jaki wykonawca zamierza realizować dane zamówienie, prezentują przyjętą koncepcję, sposób konfiguracji i doboru oprogramowania, o tyle takie informacje nie są zawarte w punkcie II wyjaśnień z dnia 30 lipca 2013 roku. Brak jest bowiem uzasadnienia dla zastrze enia informacji odnośnie produktów, których specyfikacje są powszechnie dostępne (np. w Internecie) czy te znajdują się w stałej ofercie handlowej, a zatem dane na ich temat mo na uzyskać w dozwolony prawem sposób i bez szczególnych starań. Niewątpliwie zatem informacje

dotyczące producenta, modelu, wersji, parametrów sprzętu i oprogramowania mają walor informacji powszechnie dostępnych.

Za dopuszczalne uznano natomiast nieujawnienie Odwołującemu jednego z wezwań do zło enia wyjaśnień skierowanego do Przystępującego, poniewa w swej treści przywoływało ono treść wyjaśnień prawidłowo zastrze onych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Skoro mo liwe było zastrze enie wyjaśnień, to Zamawiający, wzywając wykonawcę ponownie i prosząc o dodatkowe wyjaśnienia w zakresie stanowiska Przystępującego, uprawniony, a nawet zobowiązany był, do respektowania i przestrzegania poufności informacji.

Powoływane przez wykonawcę Przestępującego na rozprawie umowy o poufności nie stanowią wystarczającej podstawy dla skorzystania z mo liwości zastrze enia tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile nie są spełnione przesłanki ustawowe. Nale y bowiem podkreślić, i o istnieniu podstawy do objęcia tajemnicą określonych informacji decyduje jedynie łączne ziszczenie się przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zawarcie umów o poufności świadczyć mo e natomiast o podjęciu czynności mających na celu zachowanie informacji w tajemnicy jako jednej z niezbędnych przesłanek traktowania danej informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa, bez wykazania, e spełnione zostały tak e pozostałe przesłanki wynikające z ustawy warunkujące mo liwość zastrze enia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. To ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest aktem nadrzędnym, a jakakolwiek regulacja umowna nie mo e zmieniać, czy te wypływać na stosowanie przepisów prawa bezwzględnie obowiązujących.

Izba stwierdza, i na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający niezasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrze enia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec całości zło onych wyjaśnień. Biorąc pod uwagę wypowiedzi Przystępującego i Zamawiającego z rozprawy przed Izbą, dostrze enia wymaga, i oczywistym jest, e ka da oferta składana na potrzeby danego postępowania uwzględnia jego specyfikę i wymagania. Nie oznacza to jednak, i poufny charakter uczestnictwa w przetargu jest to samy z przyjęciem, i zawsze i z tej tylko przyczyny wyjaśnienia zawierają elementy tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby powy sze wyjaśnienia Przystępującego nie były przekonywujące i nie zostały poparte adnym dowodem. Pozostają one zatem subiektywnym oświadczeniem wykonawcy pozbawionym merytorycznej i obiektywnej argumentacji. Nale y bowiem uznać, i w ka dym przypadku realizacji zamówienia, gdy Zamawiający określa pewne funkcjonalności i parametry techniczne, dopasowanie sprzętu i oprogramowania do tych funkcjonalności i parametrów musi opierać się na know-how wykonawcy, co nie jest jednak to same, i w ka dym przypadku opis przedmiotu zamówienia podlega ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia

2011 r., sygn. akt KIO 2793/10 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1172/11).

Biorąc pod uwagę powy sze doszło równie do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdy ze względu

na bezpodstawne respektowanie przez Zamawiającego zastrze enia informacji, co do których potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 8 ustawy Pzp, doszło do zró nicowania sytuacji prawnej wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji faktycznej. Odmowa dostępu do pewnych informacji zawartych w ofercie, w przypadku braku podstaw do uznania zwartych tam informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ró nicuje w sposób nieuprawniony ich sytuację prawną i faktyczną w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na początku rozwa ań odnoszących się do zgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, zauwa yć nale y, i Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tego zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedło onych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów ądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania" stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest równie fakt, e to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne cią y obowiązek wykazania, e spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Przenosząc powy sze na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrze enia wymaga, i w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ w sposób jasny i precyzyjny określił warunki udziału w postępowaniu, w tym tak e warunki dotyczące przedmiotu zamówienia oraz dokumenty, na podstawie których obywała będzie się ocena merytoryczna treści oferty w wymienionych i opisanych kryteriach oceny.

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest stwierdzenie czy oferta Przystępującego winna być w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucona poniewa jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Stosowanie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę je eli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W tym zakresie wskazać nale y, e oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, ni określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta mo e przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak te w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź te usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie sformułowanych przez Odwołującego niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ podnieść nale y, e zarzut ten znalazł w części potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w przypadku niespełnienia wymagania oznaczonego w SIWZ jako TR_ZPT_8. W ocenie Izby rozwiązanie zaproponowane przez Przystępującego w tej części jego oferty jest niezgodne z wymogami SIWZ.

Wymóg TR_ZPT_8 oznaczał konieczność zapewnienia dostępu do funkcji narzędzi z poziomu przeglądarek WWW u ywanych przez Zamawiającego, w tym co najmniej Mozilla FireFox wersja 3.6 lub nowsza, Microsoft Internet Explorer wersja 7 lub nowsza, a tak e na systemach operacyjnych z rodziny Windows oraz Linux.

Zgodnie zatem z odpowiedzią na odwołanie Zamawiający wprowadzając powy sze wymaganie wymagał dostępu zarówno z systemu Windows oraz Linux przy wykorzystaniu przeglądarek, np. w konfiguracji Windows – Internet Explorer oraz Linux – Mozilla FireFox. W ofercie Przystępującego dla realizacji powy szej funkcjonalności zaproponowano dwa narzędzia pochodzące od dwóch producentów Hewlett Packard oraz NetIQ. Przystępujący

nie zaprzeczył informacjom zaprezentowanym w odwołaniu i potwierdzonym przez Odwołującego na rozprawie (przez przedło enie specyfikacji technicznych dla powy szego oprogramowania pochodzących z oficjalnych stron internetowych producentów tego oprogramowania), i powy sze oprogramowanie oparte jest na pracy z systemami operacyjnymi z rodziny Windows, co jednocześnie ponad wszelką wątpliwość gwarantuje dostęp do narzędzi z poziomu przeglądarki Internet Explorer. Jednocześnie, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, na podstawie zło onych wyjaśnień z dnia 30 lipca 2013 roku wskazano, e dostęp mo liwy będzie równie przy wykorzystaniu środowiska Windows i przeglądarki Mozilla FireFox. Dostrze enia w tym miejscu wymaga zatem okoliczność, e

---

ani z oferty, ani ze zło onych wyjaśnień nie wynika, e w jakikolwiek sposób zapewniono wymagany dostęp z poziomu systemu operacyjnego Linux. W ocenie składu orzekającego Izby wysoce nieuprawniony jest wniosek płynący z odpowiedzi na odwołanie wywiedziony przez Zamawiającego, e „skoro dostęp mo liwy będzie z poziomu przeglądarki Mozilla FireFox na systemie operacyjnym Windows, to dostęp mo liwy będzie na systemie operacyjnym Linux, dla którego ta przeglądarka jest dedykowana". Z pewnością wniosek taki jest nieuprawniony w świetle zło onych przez Przystępującego wyjaśnień. Mo liwość korzystania z przeglądarki Mozilla FireFox zagwarantowana została w powiązaniu z systemem operacyjnym Windows, nie odnoszono się więc w jakikolwiek sposób do dostępu dla sytemu operacyjnego Linux. Nie wymaga tak e wiedzy specjalistycznej odniesienie się do faktu, i to nie przeglądarka zapewnia czy te gwarantuje dostęp do systemu operacyjnego. Z faktu, e przeglądarka współpracuje, czy te jest dedykowana dla systemu operacyjnego Linux, zwłaszcza je eli zaproponowano dla tej przeglądarki rozwiązanie w powiązaniu z systemem Windows, nie wynika, e mo liwy będzie wymagany zapisami SIWZ dostęp dla systemu Linux. Taki wniosek nale ało uznać za zbyt daleko idący.

Dla rozstrzygnięcia powy szego zarzutu bez znaczenia pozostawał spór między stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego co do okoliczności, czy wymóg TR_ZPT_8 dotyczył dostępu do narzędzi po stronie klienta oraz serwera, czy tylko klienta, choć biorąc pod uwagę zapisy SIWZ, rację w tym zakresie nale ałoby przyznać Zamawiającemu, i wymóg ten dotyczył tylko wsparcia po stronie klienta.

Znaczenie drugorzędne miała równie okoliczność, czy potencjalnie wykorzystywane przy realizacji zamówienia komponenty o charakterze open source powinny być ujęte w wykazie oprogramowania składanym razem z ofertą. Po pierwsze, jak słusznie zauwa ył sam Odwołujący, nawet u ycie tych komponentów nie spowodowałoby, e zaproponowane rozwiązanie spełniłoby wymagania SIWZ, poniewa komponenty te pracują w środowisku Windows. Twierdzeniom tym Przystępujący nie zaprzeczył. Nadal więc nie jest zapewniony dostęp z poziomu środowiska Linux. Po drugie, co podkreślił Zamawiający, postanowienia SIWZ dopuszczały mo liwość dostosowania komponentów dla potrzeb systemu, modyfikację oprogramowania i dostosowanie go do potrzeb Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego Izby nie jest jednak mo liwe tak daleko idące dostosowanie, aby w opisany w wyjaśnieniach przez Przystępującego sposób zapewnić dostęp dla programu operacyjnego Linux. Za dopuszczalną mo na uznać sytuację, w której wykonawca w ofercie w zło onym wykazie oprogramowania ujął pozycje oprogramowania typu COTS, które to oprogramowanie miało być bazą i miało stanowić ramy dla całego systemu dostarczanego Zamawiającemu, a nie ujął w wykazie innego oprogramowania, z którego być mo e będzie korzystał przy konfiguracji, czy te modyfikacji oprogramowania podstawowego.

Konkludując, biorąc pod uwagę zapisy SIWZ oraz oświadczenia zło one na rozprawie przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, a tak e treść oferty i wyjaśnień zło onych przez Przystępującego, spełnienie wymogu TR_ZPT_8 SIWZ nie zostało prawidłowo wykazane w ofercie Przystępującego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący nie wykazał, e oferta Przystępującego jest niezgodna w swej treści z treścią SIWZ w przypadku wymagania oznaczonego w SIWZ jako TR_ZPT_15. Zamawiający w toku badania i oceny ofert dwukrotnie zwracał się do wykonawcy o zło enie wyjaśnień odnośnie wyznaczonego wymagania. W udzielonych wyjaśnieniach wykonawca – Przystępujący – w sposób

szczegółowy odniósł się do wymagania i opisał w jaki realizował będzie zamówienie, tak aby wymóg SIWZ został spełniony. Wyjaśnienia te, zastrze one przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, uznano za precyzyjne i przekonywujące. W ocenie składu orzekającego Izby wykonawca przedstawił rozwiązanie umo liwiające spełnienie warunku zawartego w wymaganiu opisanym w SIWZ.

Reasumując, Odwołujący w tej części odwołania nie wykazał, e w zakresie wymaganym oferta Przystępującego jest niezgodna w swej treści z treścią SIWZ. Powy sze nie miało jednak wpływu na brzmienie sentencji, poniewa potwierdziły się inne zarzuty odwołania, co skutkowało jego uwzględnieniem.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie z powodu potwierdzenia się części z zarzutów odwołania oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a tak e w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 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. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: