

Sygn. akt: KIO 1757/18
Sygn. akt: KIO 1770/18

WYROK

z dnia 17 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Aneta Młacka

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 13 września 2018 r. i w dniu 14 września 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2018 r. przez odwołujących:

A. wykonawcę EXATEL S.A. ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa (KIO 1757/18)

B. wykonawcę Allclouds.pl Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 139, 02-231 Warszawa (KIO1770/18)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Pl. Powstańców Warszawy 1, 00-030 Warszawa,

przy udziale wykonawcy Allclouds.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1757/18 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie wykonawcy EXATEL S.A. w sprawie o sygn. akt: KIO 1757/18;

2. Uwzględnia odwołanie wykonawcy Allclouds.pl Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt: KIO

1770/18 w zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 8 ust.3 tej ustawy i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje ponowne badanie i ocenę tej oferty; W pozostałym zakresie odwołanie nie podlega uwzględnieniu;

3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1757/18 obciąża odwołującego EXATEL S.A. ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1770/18 obciąża zamawiającego -

Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Pl. Powstańców Warszawy 1, 00-030 Warszawa i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - Allclouds.pl Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 139, 02-231 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od zamawiającego - Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Pl. Powstańców Warszawy 1, 00-030 Warszawa na rzecz odwołującego - Allclouds.pl Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 139, 02-231 Warszawa kwotę w wysokości 18.597 zł 75 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych i siedemdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów reprezentacji.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie

Sygn. akt KIO 1757/18

Sygn. akt KIO 1770/18

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest: „Dostawa Urządzeń do kontroli i równoważenia ruchu sieciowego w infrastrukturze Zamawiającego” (znak sprawy: DAJ-WZP.2610.7.2018). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano Dz.U. UE S: 2018/S 070-154697 w dniu 11/04/2018. Postępowanie jest prowadzone przez Zamawiającego - Urząd Komisji Nadzoru Finansowego z siedzibą w Warszawie.

Sygn. akt KIO 1757/18

Wnoszący odwołanie wykonawca - EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący] zakwestionował wybór najkorzystniejszej oferty ASCOMP S.A. z siedzibą w Krakowie i

zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

a. art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na nieuzasadnione odrzucenie jego oferty jako niespełniającej wymogów SIWZ oraz art. 87 ust. 1 z uwagi na zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego na podstawie tego przepisu.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ,
3. powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca wskazał, że zgodnie z warunkami określonymi w art. 179 ust. 1 Pzp ma interes w uzyskaniu zamówienia, jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Zamawiający odrzucił ofertę Exatel S. A., która jest zgodna z ustawą i spełnia wszystkie wymogi zawarte w SIWZ. Gdyby nie doszło do wskazanych powyżej naruszeń po stronie Zamawiającego (a w konsekwencji nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego) to oferta Odwołującego, powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, przedstawiała ona bowiem najkorzystniejszy bilans ceny o i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W przypadku nieuwzględnienia odwołania, działania Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego mogą doprowadzić do powstania szkody po stronie Odwołującego, który został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej podał, że oferta Exatel S.A. podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. Wskazał, że zaoferowane przez Exatel S.A. urządzenie do kontroli i równoważenia ruchu sieciowego Radware typu ADC, model Altheon D-6024S HPP Perform-30G nie spełnia wymogów określonych w pkt 2.18 ppkt a) Załącznika nr 1 do umowy, pkt 2.22 Załącznika nr 1 do umowy, pkt 3.1 załącznika nr 1 do umowy oraz pkt 4 ppkt 4.1 załącznika nr 1 do umowy. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający wskazał, że:

- 1) W pkt 2.18 ppkt a) Załącznika nr 1 do umowy zawarty był wymóg, aby Urządzenie

obsługiwało protokół SNMP v1/v2/v3, natomiast zaoferowane przez Odwołującego urządzenie obsługuje tylko protokół SNMP v1/v3, co potwierdza załączona przez Zamawiającego dokumentacja „Alteon Web based Management Application Guide” str. 43 oraz oficjalna informacja na stronie producenta (...)

- 2) Zgodnie z pkt 2.22 Załącznika nr 1 do umowy Zamawiający wymagał, aby Urządzenie posiadało moduł pozwalający na analizę działania aplikacji. Urządzenie nie spełnia Zdaniem Zamawiającego tego wymogu, co potwierdza dokumentacja „Alteon Web based Management Application Guide” na stronie 331 - dokumentacja ta ma być realizowana przez oddzielny serwer.

- 3) Zgodnie z pkt 3.1 załącznika nr 1 do umowy Zamawiający wymagał, aby Urządzenie posiadało co najmniej metodę równoważenia obciążenia e) Full URL. Wg Zamawiającego urządzenie nie spełnia tego wymogu, co potwierdza dokumentacja „Alteon Web based

Management Application Guide” na stronie 223.

- 4) Zgodnie z pkt 4 ppkt 4.1 załącznika nr 1 do umowy Zamawiający wymagał, aby urządzenie obsługiwało następujące rekordy: A, AAAA, CNAME, MX, NS, TXT, SRV, a zdaniem Zamawiającego urządzenie oferowane przez Odwołującego obsługuje tylko rekordy A, AAAA, co potwierdza dokumentacja „Alteon Web based Management Application Guide” na stronie 487 i 488.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający załączył fragmenty dokumentacji „Alteon Web based Management Application Guide”, które jednoznacznie wskazują, że korzystał on z nieaktualnej

wersji dokumentacji oznaczonej jako RDWR-ALOS-V3050_WBMAG1602.

1. Argumentacja do zarzutów wobec sprzętu oferowanego przez odwołującego

Przedmiotowe odwołanie od str. 7 do 18 niniejszego pisma, w zaznaczonych fragmentach, wraz z załącznikami nr 2-4 oraz 7 i 8 zastrzegamy jako tajemnicę przedsiębiorstwa Exatel

S.A., w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) (dalej: „uznk”). Z legalnej definicji terminu „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 4 uznk wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość) dotycząca przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia ona łącznie trzy warunki: i) ma charakter techniczny, technologiczny,

organizacyjny bądź posiada wartość gospodarczą, ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, oraz iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zastrzeżone informacje są informacjami technicznymi dotyczącymi oferowanego urządzenia Radware typu ADC, model Altheon D-6024S HPP Perform-30G posiadającymi znaczną wartość gospodarczą. Informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Zarówno Exatel, jak i Radware podjęły w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W spółce Exatel stosowana jest polityka bezpieczeństwa informacji polegająca m.in. na zawieraniu odpowiednich postanowień w Regulaminie pracy oraz umowach o pracę, ponadto istnieje wewnętrzny regulamin dotyczący posługiwania się informacjami poufnymi. We wszystkich umowach zawieranych z podmiotami współpracującymi lub podwykonawcami zawierane są postanowienia zobowiązujące do zachowania poufności. Z kolei instrukcje obsługi dotyczące ww. produktu nie są powszechnie dostępne. Dokumentację można oficjalnie uzyskać jedynie od firmy Radware wraz z zakupionym sprzętem lub na pisemną prośbę w uzasadnionych przypadkach i na szczególnych warunkach poufności. Z klauzul prawnych zawartych w dokumentacjach produktowych firmy Radware jasno wynika, że jej pozyskiwanie, kopiowanie lub dystrybuowanie bez takiego zezwolenia i nie za pośrednictwem autoryzowanego kanału jest niedozwolone. Odwołujący wskazał, że firma Radware wyraziła zgodę na wykorzystanie przekazanych informacji i fragmentów instrukcji oferowanego urządzenia Radware typu ADC, model Altheon D-6024S HPP Perform-30G, zastrzegając jednocześnie że nie mogą być one udostępniane innym firmom (dowód: zał. nr 2 do odwołania, odpowiedź na pytanie 8). Rozpowszechnienie jakichkolwiek informacji zawartych w wyjaśnieniach może zagrozić konkurencyjnej pozycji przedsiębiorstwa w sektorze telekomunikacyjnym. Z wymienionych powodów informacje zawarte w poniższych wyjaśnieniach bez wątpienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i powinny zostać utajnione. W orzecznictwie SN wskazano, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań (np. orzeczn. SN - Izba Cywilna z 6.06.2003, IV CKN 211/01; orzeczn. SN z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzeczn. SN z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67). Dokumentacje produktowe firmy Radware (w tym dokumentacja „RDWR-ALOS-V3050_WBMAG1602”, na którą powołuje się

KNF) nie są powszechnie dostępne. Z informacji uzyskanych od firmy Radware (dowód - odpowiedzi firmy Radware w zał. nr 2 do odwołania) wynika, że firma Radware nie udostępniła Zamawiającemu jakichkolwiek dokumentacji produktowych (w tym dokumentu „RDWR-ALOS-V3050_WBMAG1602”). Firma Radware nie sprzedała również żadnych swoich produktów do Zamawiającego. Dokument, na który powołuje się KNF w uzasadnieniu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23.08.2018 r. „RDWR-ALOS-V3050_WBMAG1602” nie jest aktualną i obowiązującą dokumentacją urządzenia Altheon D-6024S HPP Perform-30. Dokument ten został oficjalnie opublikowany w lutym 2016 roku. Przez ostatnie 2 lata nastąpił dynamiczny rozwój produktu, wiele nowych funkcji zostało wprowadzonych do oferowanego przez Radware urządzenia, a istniejące funkcje zostały znacząco ulepszone. Dokument „RDWR-ALOS-V3050_WB MAG1602” zawiera więc nieaktualne dane. Obowiązującą wersją dokumentacji w dniu składania oferty przez Exatel S.A. była wersja AltheonOS 30.5.8 opublikowana w marcu 2018 r. Wskazał ponadto, że dokument „RDWR-ALOS-V3050_WBMAG1602” na który powołuje się KNF nie jest kompletną i obowiązującą w dniu składania oferty dokumentacją produktową i stanowi jedynie wycinek dotyczący sposobu konfiguracji pewnych parametrów systemu za pomocą jednego z dostępnych interfejsów konfiguracyjnych. Kompletna i obowiązująca w momencie składania oferty dokumentacja produktowa posiada 11 dokumentów AltheonOS-30.5.8.: 0-RN; VA_Installation_Guide; WBM_Application_Guide; CLI_Application_Guide T. AltheonOS-30.5.8-Installation_Guide j; AltheonOS-30.5.8-Command_Reference T- AltheonOS'30.5.8-LinkProof-for-AiteorvUG T AltheonOS-30.5.8-Troubleshooting_Guide T AltheonOS-30.5.8-FastView-Atheon-UG T AltheonOS-30.5.8-AppWallfor_AHeon_UG T AltheonOS-30.5.8-AppShape++-Ref. _Dalej podał, że również poprzednie dokumentacje produktu składały się z kilkunastu plików i ocenianie atrybutów oferowanego urządzenia tylko na podstawie jednego z nich jest błędne. Pełne możliwości konfiguracyjne sprzętu określone są wyłącznie w kompletnej dokumentacji udostępnionej przez producenta firmę Radware swoim klientom. Poszczególne dokumenty powinny więc być traktowane jako integralna i nieodłączna całość. Odwołujący stwierdził, że trudno jest odnosić się wykonawcy do materiału, na który powołuje się Zamawiający, ponieważ był on nieaktualny, niekompletny i został pozyskany ze źródła niewiadomego pochodzenia. Trzeba jednak wskazać, że prawdopodobnie skorzystano z niego w sposób wybiórczy, ponieważ większość funkcjonalności kwestionowanych przez Zamawiającego była realizowana również w dokumentacji oznaczonej numerem 30.50. Zamawiający nie skorzystał jednak prawdopodobnie ze wszystkich dokumentów, które powinny wchodzić w skład dokumentacji (komplet to kilkanaście arkuszy), a poprzestał na lekturze niektórych rozdziałów znajdujących się w jednej tylko instrukcji (z tytułów innych

rozdziałów jasno wynikało, że kwestionowane możliwości były realizowane przez oferowane urządzenie). Podniósł, że Zamawiający trzykrotnie zwracał się do odwołującego z prośbą o wyjaśnienia w sprawie oferowanego urządzenia: w dniach 5.06.2018 r., 20.06.2018 r. oraz 5.07.2018 r. Odwołujący za każdym razem udzielał Zamawiającemu wyczerpującej odpowiedzi potwierdzającej spełnianie przez oferowane urządzenie wymagań opisanych w SIWZ. Jeżeli Zamawiający uznał przedstawione wyjaśnienia za niewystarczające, powinien zwrócić się do Odwołującego o przesłanie kompletu specyfikacji oferowanego urządzenia. Nie było wymogiem stawianym w SIWZ, aby komplet takich dokumentów dostarczyć wraz z ofertą. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 9 czerwca 2017 r. (KIO 998/17): „Brak wyszczególnienia dodatkowych informacji w treści formularza nie powinien skutkować zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., skoro zamawiający nie określił jasnego i jednoznacznego wymogu, aby wykonawcy wskazali typ, model, producenta w odniesieniu do wszystkich elementów wchodzących w skład stanowiska. Niezgodność oferty z treścią SIWZ musi być jednoznaczna.” Skoro w wyniku przeprowadzanych działań Zamawiający uzyskał dostęp do jakiejś dokumentacji dotyczącej produktu, która poddawała w wątpliwość jego zgodność z wymogami zawartymi w SIWZ, powinien zwrócić się z prośbą o wyjaśnienie powstałych wątpliwości, a nie wykluczać od razu oferty. Z oświadczeń składanych przez Odwołującego jednoznacznie wynikało, że oferowane urządzenie spełnia wymagania określone w SIWZ, a to zawartość oferty i oświadczenia Wykonawcy powinny być podstawą oceny, co potwierdza wyrok z dnia 7 lutego 2017 r. (KIO 191/17): „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 § 1 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie dotyczącego oferowanego świadczenia, z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ. Brak spełnienia tego rodzaju wymagań przedmiotowych, daje podstawy, a zarazem zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., stanowiący, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Biorąc powyższe pod uwagę, zarzuty podnoszone przez Zamawiającego wobec oferowanego sprzętu były postawione bez jakiegokolwiek podstawy faktycznej. W dalszej części odwołania będą odnoszone do instrukcji dotyczących oferowanego urządzenia Alteon D-6024S HPP Perform-30G, obowiązujących w dniu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, czyli AlteonOS 30*5.8 opublikowana w marcu 2018 r.

Ad. 1) Pkt 2.18 ppkt a) Załącznika nr 1 do umowy

Zgodnie z oświadczeniem firmy Radware, jak i z przesłanymi przez nią materiałami - fragmentami instrukcji, oferowane rozwiązanie Alteon D-6024S HPP Perform -30G obsługuje protokół SNMP w wersji v2c jak również w wersji v1 i v3.

W części niejawnej objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, powołał się na „Sposób uruchomienia funkcjonalności SNMP w wersji v2c (...) i wskazał, że jest określony (w opisanej w części zastrzeżonej) dokumentacji technicznej.

Dalej w części jawnej stwierdził, że podany przez KNF w uzasadnieniu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23.08.2018 r. link: dotyczy artykułu technicznego zamieszczonego na stronie internetowej Radware dotyczącej wsparcia technicznego. Artykuł ten był opublikowany w 2012 roku (ponad 6 lat temu), a informacje w nim zawarte są już nieaktualne (dowód - załącznik nr 5 do odwołania). Ponadto, artykuł odnosi się do systemu zarządzania APSolute Vision, a nie do zaoferowanego urządzenia Alteon D-6024S HPP Perform - 30G. Wskazał także, że system zarządzania APSolute Vision jest opcjonalny i nie musi być używany a jego użycie w żadnym stopniu nie ogranicza wymaganej w przetargu funkcjonalności SNMP v2c. Ponadto wskazał, że na portalu firmy Radware znajduje się sporo informacji na temat wspierania przez produkty protokołu SNMP w wersji v2c. Poniższy link określa sposób obsługi protokołu SNMP v2c przez technologię ADC zaoferowaną w przedmiotowym przetargu: (dowód - załącznik nr 6 do odwołania). Link jest datowany na 2014 rok - wspomniana funkcjonalność jest więc dostępna co najmniej od 4 lat.

Ad. 2 Pkt 2.22 Załącznika nr 1 do umowy

Oferowany sprzęt Alteon D-6024S HPP Perform - 30G posiada profesjonalny moduł o nazwie APM (Application Performance Monitoring) pozwalający na analizę działania aplikacji.

W części niejawnej objętej tajemnicą przedsiębiorstwa wskazał z jakich elementów składa się oferowane rozwiązanie. Opisał te elementy i ich funkcjonalności podając w podsumowaniu (w części jawnej), że oferowane przez Odwołującego urządzenie posiada moduł pozwalający na analizę działania aplikacji, zarzuty podnoszone przez Zamawiającego są zatem nieuzasadnione.

Ad. 3 Pkt 3.1 załącznika nr 1 do umowy

Oferowany sprzęt Alteon D-6024S HPP Perform - 30G posiada metodę równoważenia obciążenia full URL, co potwierdza załączone jako dowód oświadczenie producenta

Radware.

W części niejawnej objętej tajemnicą przedsiębiorstwa przedstawił na czym polega równoważenie obciążenia URL oraz wskazał na dowód 7 i dowód 8 stwierdzając m.in. (str 12 akapit ostatni), że: „Podnoszony przez Zamawiającego zarzut niespełnienia wymogu określonego w pkt 3.1 załącznika nr 1 do umowy nie znajduje więc uzasadnienia, gdyż oferowane przez Odwołującego urządzenie posiada metodę równoważenia obciążenia Full URL. Zapewne zarzuty swoje oparł on na pobieżnej lekturze nieaktualnej już dokumentacji, bez zagłębiania się w treść wszystkich rozdziałów. Z samej lektury spisu treści aktualnej dokumentacji wynika bowiem, że urządzenie zapewnia funkcjonalność FullURL”.

Ad. 4 Pkt 4 ppkt 4.1 załącznika nr 1 do umowy

Oferowany sprzęt Alteon D-6024S HPP Perform - 30G może pracować jako serwer DNS obsługujący dowolne typy rekordów, w tym rekordy A, AAAA, CNAME, MX, NS, TXT, SRV, co potwierdza załączone jako dowód nr 2 oświadczenie firmy Radware.

W części niejawnej objętej tajemnicą przedsiębiorstwa przedstawił możliwe uruchomienie w systemie funkcjonalności serwera DNS oraz wskazał na dowód 10 i dowód 11 stwierdzając w konkluzji, że podnoszony przez Zamawiającego zarzut nie jest uzasadniony w świetle przedstawionych wyjaśnień.

W podsumowaniu stwierdził, że: W świetle wyżej przedłożonych wyjaśnień i dokumentacji uznać należy, że podnoszone przez Zamawiającego Zarzuty odnośnie niezgodności oferowanego urządzenia do kontroli i równoważenia ruchu sieciowego Radware typu ADC, model Altheon D-6024S HPP Perform-30G ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia nie są uzasadnione. Wynika z tego że czynność odrzucenia oferty Exatel S.A. była niezgodna z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy i powinna zostać unieważniona”.

2. Argumentacja do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnienia oferty Odwołującego

Przepis art. 87 ust. 1 powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień Zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1), wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Zamawiający trzy krotnie zwracał się do odwołującego z prośbą o wyjaśnienia w sprawie oferowanego urządzenia - 5.06.2018 (znak pisma: DAJ- WZP.2610.7.2018.46.KR), 20.06.2018 (znak pisma: DAJ-WZP.2610.7.2018.62.MR) oraz 5.07.2018 (znak pisma: DAJ-WZP.2610.7.2018.65.KR). Odwołujący za każdym razem udzielał Zamawiającemu wyczerpującej odpowiedzi potwierdzającej spełnianie przez oferowane urządzenie wymagań opisanych w SIWZ. Jeżeli przedstawiane wyjaśnienia były niewystarczające, mógł zwrócić się on do odwołującego o przekazanie pełnej dokumentacji dotyczącej oferowanego produktu-w szczególności Zamawiający mógł wskazać, że jego wątpliwości opierają się o domniemanie oparte o treść posiadanej przez niego dokumentacji technicznej. Nie zrobił tego jednak i odrzucił ofertę Odwołującego bazując na dokumentacji uzyskanej z niewiadomego źródła, nie wyjaśniając powstałych wątpliwości dotyczących oferowanego urządzenia. Zachowanie takie należy uznać za niedopełnienie obowiązku określonego w art. 87 ust. 1 Pzp. Zważyć należy, że zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień

Publicznych z dnia 4 lipca 2003 r. UZP/ZO/0-936/03: „Zamawiający może, ale nie musi z tego uprawnienia skorzystać. (...) Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki”.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzuty podniesione w odwołaniu - zastrzeżonej w części jako tajemnica przedsiębiorstwa - wniósł o jego oddalenie i stwierdził w części

Odwoławczą nie zostało uchylone, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa Urządzeń do kontroli i równoważenia ruchu sieciowego w infrastrukturze Zamawiającego. Wykonawca przystępując do postępowania i składając ofertę, winien zaferować Zamawiającemu produkt zgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ, bowiem celem prowadzonego postępowania jest uzyskanie wyniku finalnego w postaci wyboru wykonawcy, który zrealizuje zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji przetargowej. Wykonawca który składa ofertę nieodpowiadającą w swej treści wymaganiom określonym w SIWZ, nie spełniającą wymaganych parametrów technicznych nie może żądać od Zamawiającego uznania jej za zgodną z treścią SIWZ. Taka oferta z mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podlega odrzuceniu. Ustawodawca dopuścił możliwość poprawienia oferty w szczególnych sytuacjach wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, jednakże dotyczą one wyłącznie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, oraz poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający wymagał podania w Formularzu Oferty stanowiącym Załącznik nr I do SIWZ podania przez Wykonawców nazwy Producenta oferowanych Urządzeń, modelu i typu. Zamawiający nie żądał żadnych dokumentów potwierdzających dane techniczne oferowanych Urządzeń. Nie oznacza to jednak, że brak żądania szczegółowych danych technicznych w ofercie pozbawia, w ocenie Zamawiającego, możliwości weryfikacji treści oferty. Obowiązkiem Zamawiającego jest badanie ofert, w sposób dający pewność w zakresie ich zgodności lub braku zgodności z treścią SIWZ. W przeciwnym razie, mógłby doprowadzić do sytuacji, w której wyniku zaniechania lub niestaranego badania oferty przeoczyłby elementy niezgodne z treścią SIWZ, co w konsekwencji mogłoby doprowadzić do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta nie jest zgodna z treścią SIWZ i winna zostać odrzucona. To na Zamawiającym ciąży odpowiedzialność za prawidłowy wybór wykonawcy, zatem wszelką staranność w tym zakresie należy poczytywać jako realizację ciężącego na nim obowiązku w zakresie poprawności wydatkowania środków publicznych. Ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek badania i oceny oferty pod kątem zgodności z SIWZ i jakkolwiek uchybienia w

tym zakresie nakazał kwalifikować jako przesłankę do odrzucenia oferty. Obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert, z ewentualnym zastosowaniem wszelkich przewidzianych przez przepisy ustawy procedur związanych z wyjaśnieniem wątpliwości dotyczących treści złożonych ofert. Wskazał, że procedura wątpliwości określona w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w sytuacji pojawienia się takich wątpliwości, a nie kiedy ocena oferty prowadzi do jednoznacznego wniosku, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, np. poprzez niespełnienie wymaganego parametru technicznego. Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego oparł się na wiedzy własnych specjalistów w danej dziedzinie jak również odwoływał się do danych technicznych zawartych na stronie internetowej pod adresem:

Zaznaczył, że

dokumentacja na którą powołuje się w uzasadnieniu do odrzucenia oferty Odwołującego jest powszechnie dostępna, wbrew twierdzeniom Odwołującego. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający załączył wydruk ze strony internetowej. Dalej podał, że: „Nie sposób ocenić i odnieść się do źródła pochodzenia prezentowanych przez Odwołującego w odwołaniu materiałów. Odwołujący jedynie twierdzi, że są to zaktualizowane dokumentacje techniczne oferowanego Urządzenia. Z kolei załączona do odwołania korespondencja prowadzona jest z osobą o nie dających się zidentyfikować uprawnieniach, wiedzy czy stanowisku. Odwołujący stara się uprawdopodobnić, że ww. osoba uprawniona jest do reprezentowania oficjalnego stanowiska producenta oferowanego rozwiązania, posiada jednocześnie wystarczające kwalifikacje i wiedzę techniczną pozwalającą bezwzględnie stwierdzić, że Urządzenie to wbrew twierdzeniom Zamawiającego spełnia wymagania SIWZ. Jednakże jak wskazano na wstępie powyższe pozostaje jedynie w sferze domniemania, które Odwołujący stara się jedynie uprawdopodobnić. Powyższe nie wynika jednak ani z treści przedmiotowej korespondencji ani z żadnego elementu treści odwołania. W dalszej części odpowiedź do strony 5 ta odpowiedź podlegała zastrzeżeniu. W ostatnim akapicie tej odpowiedzi Zamawiający: „Mając na względzie powyższą argumentację podtrzymał stanowisko, co do prawidłowości dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ i wyboru oferty firmy Ascomp S. A. jako najkorzystniejszej”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Allclouds pl. Sp. z o.o. wnosząc także o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO 1770/18

Wnoszący odwołanie wykonawca - Odwołujący Allclouds.pl sp. z o.o. z Warszawy podniósł zarzut naruszenia w Postępowaniu:

- 1) art. 8 ust. 3 Ustawy przez zaniechanie uznania, że informacje zastrzeżone w tajemnicy przez Odwołującego stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa,
- 2) art. 60 i 65 par. 1 kc. art. 353 (1) kc. w zw. z art. 14 Ustawy w zw. z pkt 7.9 SIWZ w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na uznanie, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Odwołującego wraz z ofertą było niewystarczające, chociaż zawierało:
 - a. stanowcze oświadczenie woli i wiedzy, żeby zachować w tajemnicy dane dotyczące producenta-typu-modelu urządzenia na str. 7 formularza oferty,
 - b. wszystkie elementy wymagane przez art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

c. strony na rynku mają prawo ułożyć stosunek prawny wg własnego uznania.
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego, która jest zgodna z Ustawą,
- 4) art. 91 ust. 1 Ustawy z uwagi na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest najkorzystniejsza w Postępowaniu a dokonanie wyboru oferty ASCOMP S.A.,
- 5) art. 7 ust. 1 Ustawy z uwagi na prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

w sytuacji uznania przez KIO, że informacje dotyczące nazwy producenta, typu i modelu oferowanych urządzeń, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 6) art. 8 ust. 3 Ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 10 Ustawy w związku z art. 38 ust. 4 Ustawy, pkt 7.9 SIWZ, art. 14 ust. 1 Ustawy w związku z art. 70 (1) § 4 kodeksu cywilnego przez:
 - a. nie stosowanie się do własnego SIWZ,
 - b. zaniechanie odtajnienia - ponieważ Zamawiający miał co najwyżej uprawnienie i obowiązek odtajnienia zastrzeżonych informacji, jeżeli obiektywnie zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, do czego Zamawiający był zobowiązany na podstawie pkt 7.9. SIWZ, który przewiduje wyłącznie sankcję odtajnienia oferty, a nie jej odrzucenia,
 - c. a w rezultacie bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu zastrzeżenia w tajemnicy informacji, które subiektywnym zdaniem Zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego.

2. Zarzuty dotyczące czynności i zaniechań wobec Exatel S.A

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Exatel S.A. jako niezgodnej z SIWZ, chociaż urządzenia do kontroli i równoważenia ruchu sieciowego RADWARE typ ADC (Application Delivery Control), model Alteon D-6024S HPP Perform - 30G, zaoferowane przez Exatel S.A. urządzenia są niezgodne z SIWZ:

- 1) nie posiadają funkcji sprawdzania dostępności usług przy wykorzystaniu metod: MySQL, tcp echo, tcp ssl, ssh, pomimo takiego wymagania w SIWZ (OPZ, cz. I, pkt 3.4.),
- 2) nie posiadają funkcji definiowania maksymalnej ilości obsługiwanych przez dany serwer nowych połączeń na sekundę w stanie "warm up", a co za tym idzie, nie ma możliwości wysłania klientowi strony błędu lub przekierowania klienta na inny serwer, pomimo takiego wymagania w SIWZ (OPZ, cz. I, pkt 3.5.),
- 3) nie posiadają funkcji przywiązywania sesji (Session persistence) przy wykorzystaniu atrybutów Cookie (hash, rewrite, persistent, insert, embedded), atrybut RADIUS, hash Adres źródłowy/ port, pomimo takiego wymagania w SIWZ (OPZ, cz. I, pkt 3.3., lit. a, c i

e),

4) nie posiadają funkcji integracji z zewnętrznymi serwerami uwierzytelnienia użytkowników - użytkowników LDAP, pomimo takiego wymagania w SIWZ (OPZ, cz. I, pkt 2.19.),

5) nie świadczą usług Content routing, przepisywanie odpowiedzi (response rewriting), multipleksowanie połączeń tcp (w warstwach 4-7), pomimo takiego wymagania w SIWZ (OPZ, cz. I, pkt 2.17., lit. a, b, d),

6) nie posiadają cechy tworzenie reguł aktywowanych zdarzeniami przy użyciu predefiniowanych komend, zmiennych i operatorów. Akcje powinny zawierać content routing, pomimo takiego wymagania w SIWZ (OPZ, cz. I, pkt 2.10., lit. c),

7) nie realizują funkcji wspierania L4/L7 load balancing dla protokołów warstwy aplikacyjnej LDAPS, SSH, MySQL, RADIUS, RDP, SMTP, pomimo takiego wymagania w SIWZ (OPZ, cz. I, pkt 2.8., lit. a).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu; 3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu; 4) nakazania odrzucenia oferty Exatel S.A. z powodów wskazanych; 5) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Podał, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta jest zgodna z przepisami prawa. W przypadku nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, to oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą w Postępowaniu (oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę na wykonanie zamówienia spośród nieodrzuconych ofert, jest o około 200 tys. zł tańsza od oferty ASCOMP S.A., którą wybrał Zamawiający - tj. o wartość mieszkania w okolicach Warszawy) a w pozostałych kryteriach oceny ofert Odwołujący uzyskał tyle punktów, ile pozostali wykonawcy). Podał ponadto, że posiada także interes w odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Exatel S.A. z przyczyn podanych przez Odwołującego, bo oferta Exatel

podlega odrzuceniu z większej ilości przyczyn, niż podał Zamawiający, a odrzucenie oferty Exatel S.A. jest jeszcze nieprawomocne. Dodatkowo, Exatel S.A. może złożyć odwołanie. Jeżeli Exatel nie złoży odwołania i odrzucenie jego oferty uprawomocni się, to Odwołujący cofnie zarzuty dotyczące Exatel przed rozprawą. W podsumowaniu uzasadnienia tej części odwołania w szczególności podał:

1. Odwołujący w momencie składania oferty utajnił część informacji i wyjaśnił dlaczego miał do tego prawo,
2. Zamawiający odrzucając ofertę nie przestrzega własnego SIWZ - pkt 7.9 i przepisów prawa,
3. Zamawiający odrzucił ofertę, ponieważ z jego uzasadnienia wynika, że nie przeczytał (lub przeczytał bez zrozumienia) dokumentów złożonych przez Odwołującego (uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wraz z ofertą), a w decyzji przedstawił tendencyjnie i fałszywie stan faktyczny, przez co wybrał ofertę droższą o wartość mieszkania w okolicach Warszawy,
4. Prawdopodobna przyczyna odrzucenia oferty jest nie wyrażona w dokumentach - prawdopodobnie Zamawiający wołał inną technologię niż którą zaoferował Odwołujący, ale nie mógł odrzucić oferty Odwołującego, ponieważ oferowana technologia spełnia SIWZ, ponieważ pochodzi od uznanego producenta.

Część I: odnośnie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego (pkt LI.1-6).

1. Stan faktyczny

1.1. Dnia 5 maja 2018 r. Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu. Korzystając z uprawnień określonego w art. 8 ust. 3 Ustawy i pkt 7.9 SIWZ, Odwołujący zastrzegł w tajemnicy informacje dotyczące m. in. producenta, typu i modelu oferowanych urządzeń

("Dane"). Dowód: oferta Odwołującego - w aktach Postępowania. Zgodnie z pkt 7.9 SIWZ i art. 8 ust. 3 Ustawy Odwołujący miał prawo zastrzec informacje stanowiące według niego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które nie są informacjami, o których mowa w art. 86 ust. 4 Ustawy.

1.2. Odwołujący zastrzegł tajemnicę w momencie składania oferty i złożył również pisemne uzasadnienie, tj. zrobił to w odpowiednim czasie i formie.

1.2.1. Zgodnie z instrukcją Zamawiającego w pkt 7.9 SIWZ Odwołujący był obowiązany "wykazać (załączyć do oferty pisemne uzasadnienie, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią w istocie tajemnicę jego przedsiębiorstwa. To znaczy, że Zamawiający w momencie składania oferty żądał złożenia wyłącznie pisemnego uzasadnienia, a nie złożenia dowodów i Odwołujący postąpił zgodnie z instrukcją Zamawiającego. Wynika to z dowodów:

1) zastrzeżone informacje dotyczące producenta, typu, modelu znajdują się na stronie 7 formularza ofertowego, na którym widnieje pieczęć "Tajemnica przedsiębiorstwa".

2) dokument "uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa" zamieszczony na stronach 36-39 wskazuje:

A) wyraźnie odnosi się do informacji na stronie 7 - "wyjaśniamy przyczynę zastrzeżenia informacji znajdujących się na stronach 7

B) w tych wyjaśnieniach Odwołujący wykazał wszystkie 3 przesłanki dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.:

a) "zastrzeżone informacje posiadają dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą:(...) wiedza na temat kontrahentów (...), informacje o kontrahentach, (...) źródła zaopatrzenia i zbytu (...) zastrzeżone informacje wynikające z tych dokumentów, (...) tworzą dla konkurentów Wykonawcy obraz skali i wartości relacji gospodarczych (...)", "źródła zaopatrzenia i zbytu" (...) "Ujawnienie tych materiałów mogłoby zatem wyrządzić szkodę (...) zachwiać relacje konkurencyjne. W ten sposób konkurenci uzyskaliby informacje nie tylko o strukturze produkcji (...). powiązaniach kapitałowych, ale również dane co do sieci dystrybucyjnej, źródłach zaopatrzenia i zbytu (...). Innymi słowy, weszliby w posiadanie szczegółowych informacji co do stanu organizacyjnego i strategii gospodarczej firm działających na analizowanym w sprawie rynku. (...) ma w pełni zastosowanie do sytuacji Wykonawcy", itd.

W skrócie: informacja o oferowanym urządzeniu (od którego producenta ono pochodzi, jest informacją na temat kontrahenta, o którym mowa wyżej.

b) "Wykonawca podjął niezbędne czynności w celu zachowania informacji zastrzeżonych we wniosku w poufności" - m. in.: "Wykonawca zawarł ponadto umowy o poufności (...) które to umowy przeciwdziałają ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (...) podmiotu na rynku udostępniają sobie nawzajem informacje w zaufaniu, że te informacje nie będą ujawniane dalej."

c) "Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej": "Wykonawca w żadnym wypadku nie ujawnił i nie zamierza ujawnić do wiadomości publicznej informacji zastrzeżonych (...) Znaczna część zastrzeżonych informacji (...) opis techniczny

rozwiązania (...) została przygotowana na potrzeby niniejszego postępowania (...)." Dowód:

oferta Odwołującego - w aktach Postępowania.

Można spierać się czy wyjaśnienia złożone wraz z ofertą są wystarczająco przekonywujące, czy są wyrażone dobrą czy złą prozą. Jednak nie można się spierać, czy Odwołujący chciał i zastrzegł informacje ze str. 7 w tajemnicy - bo to jest fakt niesporny - występujący wyraźnie w ww. dokumencie, wynikający wprost z odesłania do strony 7, użycia pieczęci, ww. wyjaśnień.

1.2.2. Powody wyrażone w uzasadnieniu tajemnicy na str. 36-39 dowodzą, że Odwołujący skutecznie zastrzegł w tajemnicy informacje na temat producenta-typu-modelu, a mianowicie: Odwołujący dowiódł m. in. na str. 36-39. że:

1.2.2.1. Odwołujący był zobowiązany umowami do zachowania tajemnicy i nie ujawnił nikomu zastrzeżonych informacji. Odwołujący informował Zamawiającego na etapie postępowania,

że jest zobowiązany umowami do zachowania tajemnicy, złożył nawet dowody jeszcze w postępowaniu przed Zamawiającym, o czym dalej.

1.2.2.2. Wiedza na temat producenta-typu-modelu urządzenia, które spełnia SIWZ przed złożeniem oferty ma istotną wartość gospodarczą, bo decyduje o uznaniu lub odrzuceniu

oferty, dlatego jest chroniona jako tajemnica. Wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia konkurują z sobą. Wygrywa ten wykonawca, który zaofertuje urządzenie m. in. spełniające wymogi SIWZ. Ten fakt powoduje, że wiedza na temat tego, które urządzenia spełniają wymogi SIWZ jest informacją chronioną i nie jest dostępna na stronach internetowych, nie jest publicznie znana. Który sprzęt spełnia wymogi SIWZ jest wiadome dopiero gdy dobrzy inżynierowie zbadają warunki SIWZ i specyfikacje urządzeń producentów i ustalą, który sprzęt spełnia wymogi, a który nie - wymaga to czytania dokumentacji, testowania sprzętu, jego oprogramowania przed złożeniem oferty. Za takie informacje wykonawcy płacą i takie informacje również chronią tajemnicami przedsiębiorstwa. Z tego powodu jest tajemnicą handlową informacja na temat:

- 1) które urządzenia spełniają wymogi SIWZ, a które nie,
- 2) źródeł zaopatrzenia wykonawcy - tj. od kogo Odwołujący nabywa urządzenia, z kim ma umowę partnerską, z jakimi producentami współpracuje, jakie osiąga rabaty,

ponieważ nie jest to informacja dostępna za darmo, a błędy skutkują odrzuceniem oferty. Jest to informacja będąca efektem pracy inżynierów, dystrybutorów, producentów dokonujących ocen poszczególnych SIWZ i ciągle zmieniających się ofert producentów. Konkurent, który źle dobierze urządzenia - jego oferta podlega odrzuceniu. Dlatego konkurenci nie mogą wiedzieć przed złożeniem oferty - jakie urządzenie będzie w ofercie Odwołującego (dane: typ-model-producent), bo inaczej mogą dobrać tę samą technologię, przez co Odwołujący utraci przewagę konkurencyjną.

Zachowania Zamawiającego z etapu postępowania po złożeniu ofert, wbrew treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, dowodzą, że Zamawiający zgadza się z Odwołującym, w tym, z faktem, że informacje na temat: producenta-typu-modelu stanowią również know-how - specjalistyczną wiedzę Odwołującego, bo jak widać:

- 1) po ofercie Exatel, - ten kto tej wiedzy nie ma, - to składa ofertę na urządzeniach niespełniających wymogów SIWZ - i jego oferta jest odrzucana.
- 2) Zamawiający bardzo wnikliwie badał ofertę odwołującego, wielokrotnie wzywając go do wyjaśnień w zakresie technicznej części oferty Odwołującego - i Odwołujący przeszedł sprawdzanie poprawności technicznej produktów prawidłowo, a Exatel nie.

1.2.2.3. Wiedza na temat producenta-typu-modelu urządzenia, po złożeniu oferty również jest tajemnicą handlową, bo daje konkurencji wiedzę o sile rynkowej firmy, wysokości upustowi konkurenci mogą użyć tych informacji ze szkodą dla Odwołującego w przyszłych postępowaniach. Np. prosty fakt: wiedza na temat:

- 1) ceny katalogowej produktu, którą da się znaleźć czasami na stronie internetowej i
- 2) ceny z oferty Odwołującego

- daje konkurencji informację na temat poziomu rabatu, który ma u producenta Odwołujący. Mając tę wiedzę, konkurent wie w następnym postępowaniu jaki rabat musi użyć u swojego producenta, żeby przebić, tj. złożyć ofertę tańszą, niż Odwołujący. Konkurencja będzie mieć taką informację znając producenta-typ-model oferowanego urządzenia. Dlatego jest niezwykle ważne zastrzeżenie w tajemnicy informacji dotyczących producenta-typu-modelu, bo gdy tylko konkurent zna te informacje i ceny katalogowe, to zna wysokość rabatów i wykorzystując tę informację może w kolejnych postępowaniach składać tańsze oferty, eliminować Odwołującego z postępowania ceną, zamiast konkurować jakością.

1.3. Odwołujący nie zastrzegł w tajemnicy informacji, które zgodnie z art. 86 ust. 4 ustawy muszą pozostać jawne, tj. informacji dotyczących swojej nazwy (firmy) oraz adresu, informacji dotyczących oferowanej ceny, terminu wykonania zamówienia, a także informacji o akceptacji okresu gwarancji i warunków płatności określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Dowód: oferta Odwołującego - w aktach Postępowania.

1.4. Co więcej, po złożeniu oferty Odwołujący wielokrotnie wyjaśniał w trakcie postępowania, że zastrzeżone informacje (producent-typ-model) stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa i nawet przedstawił Zamawiającemu dowody, chociaż ani art. 8 ust. 3 Ustawy, ani pkt 7.9 SIWZ nie wymagał złożenia dowodów. I tak:

1) Pismem z 5 czerwca 2018 r., nr pisma DAI-WZP.2610.7.2018.49KR Zamawiający wezwał Odwołującego (w oparciu o art. 87 ust. 1 Ustawy) do złożenia wyjaśnień w zakresie przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Danych. Dowód: pismo Zamawiającego z 5 czerwca 2018 r., nr pisma DAI-WZP.2610.7.2018.49KR - w aktach Postępowania.

W odpowiedzi na ww. pismo, Odwołujący wyjaśnił przyczyny zastrzeżenia w tajemnicy Danych, w tym załączył dowód - oświadczenie osoby trzeciej, z którego wynikało żądanie zastrzeżenia informacji w tajemnicy o treści: "Treść niniejszej oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (...) - prosimy o jej nieudostępnienie. Tajemnicą przedsiębiorstwa (...) są

również wszelkie informacje związane ze współpracą allclouds.pl sp. z o.o. a (...), w tym

korrespondencja pomiędzy obydwoma podmiotami oraz wszelkie informacje związane z wyceną produktów oferowanych przez (...)."

Odwołujący otrzymał tę ofertę przed składaniem ofert i był zobowiązany do utajnienia informacji wynikających z oferty otrzymanej od firmy, z której przeniósł do swojej oferty, zamieszczonych na str. 7 (producent, typ, model urządzenia). Dowód: pismo Odwołującego z 7 czerwca 2018 r. z załącznikami, nr pisma 2018/06/99 - w aktach Postępowania

2) 5 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał również Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty Odwołującego. Dowód: wezwanie do wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę z dnia 5 czerwca 2018 r., nr pisma DAI-WZP.2610.7.2018.45KR - w aktach Postępowania.

Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące ceny:

A) w których m.in. wnioskował o zachowanie w tajemnicy informacji zawartych w wyjaśnieniach, czym podtrzymał swoje stanowisko w zakresie konieczności nieujawniania przez Zamawiającego Danych - bo stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa,

B) do których załączył m.in. ofertę od osoby trzeciej opatrzoną klauzulą "tajemnica przedsiębiorstwa";

Dowód: pismo Odwołującego z 12 czerwca 2018 r., nr pisma 2018/06/101 - w aktach Postępowania.

3) Ponadto Zamawiający kilkakrotnie wzywał Odwołującego do składania wyjaśnień dotyczących treści oferty. Na każde z wezwań Odwołujący odpowiedział konsekwentnie podtrzymując stanowisko odnośnie konieczności zachowania przez Zamawiającego w tajemnicy Danych. Odwołujący każdorazowo podejmował starania mające przeciwdziałać ujawnieniu przez Zamawiającego Danych, każdorazowo wykazywał, że informacje o Danych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. Dowody (w aktach postępowania):

A) wezwanie z 5 czerwca 2018 r., DAI-WZP.2610.7.2018.45KR; B) wezwanie z 20 czerwca 2018 r., DAI-WZP.2610.7.2018.62MR; C) wezwanie z 5 lipca 2018 r., DAI-WZP.2610.7.2018.64.KR; D) pismo Odwołującego z 8 czerwca 2018 r., nr pisma 2018/06/98, E) pismo Odwołującego z 21 czerwca 2018 r., nr pisma 2018/06/114; F) pismo

Odwołującego z 10 lipca 2018 r., nr pisma 2018/07/128.

4) Ponadto, Odwołujący w Postępowaniu złożył pismo, w którym poinformował Zamawiającego m.in. o:

A) uprawnieniu zamawiającego publicznego do: co najwyżej odtajnienia informacji, w sytuacji subiektywnego uznania przez Zamawiającego, że wykonawca bezpodstawnie utajnił

informacje w ofercie,

B) braku możliwości odrzucenia oferty wykonawcy, który zdaniem zamawiającego bezpodstawnie utajnił informacje w złożonej przez siebie ofercie.

Dowód: pismo Odwołującego z 3 sierpnia 2018 r., nr pisma 2018/08/143 - w aktach Postępowania;

1.5. Dnia 23 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy oraz o wyborze oferty ASCOMP S.A. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Dowód: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 23 sierpnia 2018 r., nr pisma DAI-WZP.2610.7.2018.KR.84 - w aktach Postępowania.

1.6. W rezultacie, Odwołujący złożył prawidłową ofertę nie podlegającą odrzuceniu, tańszą od oferty którą wybrał Zamawiający o wartość mieszkania, a mimo to Zamawiający ją

odrzucił. Odwołujący konsekwentnie utrzymywał w tajemnicy zastrzeżone informacje przez całe postępowanie i była to ważna kwestia od samego początku.

2. Uzasadnienie prawne.

2.1. Dopuszczalność zastrzeżenia w tajemnicy Danych (producent-typ-model) zgodnie z przepisami prawa, orzecznictwem, umowami:

2.1.1. Art. 353 (1) kc w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący i jego dostawcy mają prawo ułożyć stosunek prawny wg własnego uznania. Jeżeli dostawcy (producent, dystrybucja) żądają uznania od Odwołującego uznania określonych informacji za tajemnicę i Odwołujący się z tym zgadza, to Zamawiający nie ma prawo ingerować w stosunek prawny pomiędzy Odwołującym a osobami trzecimi.

Skoro strony (Odwołujący i dystrybutor, producent) - umówili się, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa informacje na temat: producenta, typu, modelu - to te informacje stanowią obiektywnie tajemnicę przedsiębiorstwa, bo taka była wola stron i tego nie może zmienić ocena Zamawiającego. Podkreślił, że z inicjatywą utajnienia informacji wyszli dystrybutor i producent, a nie Odwołujący. Odnośnie producenta podał, że ma zawartą umowę z producentem oferowanego rozwiązania. Umowa jest zawarta na wzorzec producenta, który narzucił Odwołującemu zobowiązania do: zachowania w tajemnicy w bardzo szerokim zakresie, obejmującym: 1) wszelkie informacje dotyczące współpracy z producentem, a także informacje dotyczące rozwiązań informatycznych oferowanych przez producenta; 2) konieczność zapewnienia, że jego pracownicy dochowują tajemnicy co najmniej w tym samym stopniu; 3) sankcją za naruszenie tajemnicy jest możliwość wypowiedzenia umowy przez producenta; 4) rozwiązanie umowy z producentem oznacza brak możliwości sprzedaży jego produktów, co w naturalny sposób stanowiłoby szkodę dla Odwołującego.

Umowa z producentem to standardowy wzór podpisywany przez producenta z partnerami, nie podlegający negocjacji, co dodatkowo pokazuje, jak ważną kwestią dla producenta jest zachowanie w tajemnicy informacji o jego produktach. Dowód: odwołujący złoży dowody na rozprawie na ww. okoliczności, z wyłączeniem jawności tej części rozprawy. Odnośnie dystrybutora - dowód jest w aktach postępowania.

2.1.2. Art. 60 i 65 par. 1 kc. Zamawiający ma obowiązek interpretować oświadczenia Odwołującego zawarte w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwzględnieniem: okoliczności, w których zostało złożone, zasad współżycia społecznego.

Nawet jeżeli w uzasadnieniu tajemnicy Odwołujący wyraził się nie idealnie (bo zawsze można lepiej uzasadnić), może kiepską prozą, to i tak wyraźnie widać z treści i celu uzasadnienia na str. 36-39, że chciał utajnić informacje na str. 7 i zrobił to tak jak umiał w tamtym momencie. Odwołujący zaprezentował mocną wolę utajniania informacji na str. 7 i odniósł się do elementów ustawy dotyczących utajnienia, w sposób w jaki umiał, który jest zresztą wystarczający. Ustawy nie są pisane dla prawników tylko dla przeciętnych odbiorców, którzy wyrażają wolę tak jak umieją. Ofert nie przygotowują prawnicy, tylko osoby z różnym wykształceniem, zazwyczaj pracownicy wsparcia sprzedaży lub handlowcy bezpośrednio. Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać jednoznacznie, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczyło elementów na stronie 7 oferty. Odwołujący w wyjaśnieniach na str. 36-39 zawarł wyjaśnienia dotyczące kontrahenta - a więc producenta oferowanego urządzenia. W rezultacie, to co identyfikuje urządzenie (producent-typ-model) - identyfikuje kontrahenta, a więc wyjaśnienia dotyczące kontrahenta są wyjaśnieniami dotyczącymi urządzeń. Późniejsze wyjaśnienia Odwołującego z postępowania zawsze podtrzymywały tajemnicę, dodawały co najwyżej dodatkowe przyczyny i dowody, dla których należy uznać zastrzeżone informacje jako tajemnicę.

2.1.3. W art. 86 ust. 4 Ustawy jest zamknięty katalog elementów oferty, których nie można utajnić. Są to: informacje dotyczące swojej nazwy (firmy) oraz adresu, informacje dotyczące oferowanej ceny, terminu wykonania zamówienia, a także informacje o akceptacji okresu gwarancji i warunków płatności określonych przez zamawiającego w SIWZ,

W dyspozycji tego przepisu nie ma: informacji o produktach oferowanych w postępowaniu, np. producent-typ-model, tym samym przez przeciwieństwo - zgodne z prawem jest utajnianie takich informacji. Wykonawca może domagać się utrzymania w tajemnicy informacji o tych produktach, jeżeli wykaże, że informacje te stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

2.1.4. Art. 70 (1) 4 kc, art. 7.9 SIWZ, art. 8 ust. 3 Ustawy i inne przepisy. Zamawiający jest związany własnym SIWZ. Skoro Zamawiający dopuścił i nie zakazał utajniania informacji na temat producenta, typu, modelu - to znaczy, że Odwołujący miał takie prawo.

2.1.5. Powyższe jest zgodne z ugruntowanym orzecznictwem KIO i poglądami doktryny, w

tym:

1) "Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, co oznacza, że wykonawca nie może zastrzec nazwy (firmy), adresu oraz informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie. Ustawodawca tym samym, a contrario dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...)" KIO 2745/17; 2) podobnie w wyroku KIO 364/13, KIO 368/13; 3) podobnie w komentarzu P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016.

2.1.6. Kwestia zastrzegania w tajemnicy informacji dotyczących: producenta-typu-modelu oferowanego produktu wielokrotnie była przedmiotem rozważań przez KIO, która dopuszcza ujawnianie takich informacji mając na uwadze, że (1) informacje takie mają wartość gospodarczą dla wykonawcy i (2) mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy. Tak m.in. w wyrokach:

1) "Izba reprezentuje pogląd, że zarówno sam producent, jak i zaproponowany model stanowią dla Przystępującego informację zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa i posiadają dla niego określoną wartość gospodarczą. (...) powyższe informacje mogą doprowadzić do ujawnienia źródła zapotrzebowania Przystępującego, a także pozwolić na identyfikację zaofiarowanego rozwiązania, a pośrednio także ujawniać poziom cen występujących pomiędzy producentem a Przystępującym. Z tych powodów - (...) - Przystępujący mógł dokonać stosownego zastrzeżenia informacji dotyczących producenta i modelu uznając, że mają one dla niego wartość gospodarczą" (KIO 42/18)

2) Opracowane przez wykonawcę na potrzeby zamówienia takie elementy oferty jak np. opis funkcjonalny systemu, opis techniczny, zastosowana metodologia, zawierające "know-how" wykonawcy, jak i wykaz sprzętu i licencji zastosowanych do budowy systemu w ramach oferowanego rozwiązania oraz sposób kalkulacji ceny oferty, uwzględniający szczegółowe elementy kosztowe, stanowią informację, która może podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powyższe informacje stanowią zbiór informacji, który jest objęty ochroną prawną na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (KIO 984/13).

2.2. Brak podstaw prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego zgodnie z pkt 7.9 SIWZ przepisami prawa, orzecznictwem KIO, sądów i decyzjami Prezesa KIO.

2.2.1. Art. 8 ust. 3 Ustawy i pkt 7.9 SIWZ.

Odwołujący utajnił informacje dotyczące producenta-typu-modelu korzystając z uprawnienia z art. 8 ust. 3 Ustawy i pkt 7.9 SIWZ. Zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa i dlatego też podjął szereg działań mających przeciwdziałać ujawnieniu tych informacji. Jeżeli Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego uznając, że Odwołujący utajnił dane bezzasadnie, to Zamawiający powinien w najgorszym przypadku ujawnić zastrzeżone przez Odwołującego informacje, bo taki obowiązek wynika z art. 8 ust. 3 Ustawy i pkt 7.9 SIWZ, którymi Zamawiający jest związany. Zamawiający w takiej sytuacji nie może odrzucić oferty. Zamawiający w pkt 7.9, SIWZ przewidział, że sankcją bezzasadnego ujawnienia informacji będzie ich odtajnienie. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ, w żadnym z pism kierowanych do Odwołującego nie napisał, że odrzuci ofertę Odwołującego w sytuacji zastrzeżenia (i podtrzymania tego zastrzeżenia na dalszym etapie Postępowania) informacji, które nie stanowią, w subiektywnej ocenie Zamawiającego, tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego. Cytując Zamawiającego - pkt 7.9 SIWZ: (...) zastrzeżenie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji będzie traktowane, jako bezskuteczne i skutkować będzie, zgodnie z uchwałą SN z 20 października 2005 (sygn. III CZP 74/05), ich odtajnieniem/" Zamawiający nie napisał, że sankcją za bezzasadne utajnienie informacji będzie odrzucenie oferty, ale tylko odtajnienie, a postępowanie odbywa się w formie pisemnej i Zamawiający jest związany własnym SIWZ, tym co napisał, bo postępowanie odbywa się w formie pisemnej. Powyższe postanowienia znajdują się w części SIWZ pod tekstem "UWAGA !!!" (pogrubienia i podkreślenia użyte przez Zamawiającego), a więc Zamawiający przyznał, że powyższe postanowienia SIWZ wiążą Zamawiającego mocniej niż inne, są szczególnie ważne.

2.2.2. Brak podstaw do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 Ustawy.

2.2.2.1. Niezgodność oferty z Ustawą, z którą Ustawa wiąże skutek w postaci odrzucenia oferty, musi być sprzecznością oczywistą i obiektywną - a taką nie jest w tej sprawie. Jak wskazuje Paweł Granecki w Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016, za niezgodność oferty z Ustawą należy uznać takie przypadki jak złożenie przez jednego wykonawcę dwóch ofert (co narusza art. 82 ust. 1 Ustawy), nieprzestrzeżenie przez wykonawcę zasad języka polskiego i złożenie oferty np. po węgiersku (co naruszyłoby art. 9

ust. 2 Ustawy, o ile nie zachodzi wyjątek określony w ust. 3 tego artykułu). Zamawiający uznając, że Odwołujący bezzasadnie utajnił dane dotyczące producenta-typu-modelu, powinien je w najgorszym razie odtajnić, ponieważ skutkiem uznania bezskuteczności zastrzeżenia w tajemnicy powinno być ujawnienie zastrzeżonych informacji.

2.2.2.2. Powyższe przesądził już kilkanaście lat temu Sąd Najwyższy w uchwale, którą wymienił w SIWZ Zamawiający, czym zobowiązał się do jej przestrzegania również w zakresie jej skutków:

1) "Zważyć bowiem należy, że wynikającym z art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie tylko takiej oferty, która jest niezgodna z ustawą. Sama okoliczność zamieszczenia w ofercie informacji wynikających z wymagań SIWZ, które następnie zostały negatywnie zweryfikowane przez zamawiającego, jako nie stanowiące tajemnicy jego przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w art. 96 ust. 4 PZP, nie może jeszcze automatycznie przesadzać o kwalifikacji takiej oferty jako niezgodnej z

ustawa. 2) W ocenie samego oferenta zamieszczone przez niego informacje, w wykonaniu

wymagań wynikających z SIWZ, a będące też treścią oferty z mocy art. 82 ust. 3 PZP, stanowiły tajemnicę jego przedsiębiorstwa, z uwzględnieniem stanu wiedzy i świadomości samego oferenta, i z pewnością nie mogły świadczyć o niezgodności oferty z ustawą. Późniejsza, nawet negatywna, weryfikacja przez zamawiającego statusu (charakteru) tych informacji, jako nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, nie pozwala na traktowanie całej oferty jako niezgodnej z ustawą. 3) O takiej kwalifikacji oferty nie może bowiem przesądzać subiektywny przecież stan wiedzy i świadomości oferenta odnośnie do charakteru zastrzeżonych w niej informacji, a jedynie obiektywne okoliczności świadczące o niezgodności oferty z ustawą. Wymagałoby to jednak wskazania okoliczności przesądzających o takiej niezgodności. W konsekwencji uznać należy, że negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesadzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w art. 96 ust 4 zd. 1 PZP. zakazu ujawniania, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta, informacji. 4) Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesadza przecież o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. 5) W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania." (uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. , sygn. III CZP 74/05), aktualna również w obecnym stanie prawnym,

2.2.2.3. Także Krajowa Izba Odwoławcza konsekwentnie prezentuje pogląd, że zamawiający nie może odrzucić oferty w sytuacji uznania, że informacje w tej ofercie niezasadnie zostały

utajnione:

1) "Brak wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa czy brak uzasadnienia tej czynności wykonawcy obciąża wykonawcę składającego ofertę i zwalnia zarazem zamawiającego z utrzymania określonych i wskazanych w ofercie informacji w tajemnicy, jednakże nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w

zw. z art 8 ust. 3 ustawy (...). " KIO 279/15

2) "Nawet negatywna weryfikacja prawdziwości stanowiska wykonawcy w przedmiocie statusu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa nie powoduje per se spełnienia się przesłanek odrzucenia oferty określonych w art. 89 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...). W szczególności, niedozwolone jest w przypadku nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę traktowanie jego oferty jako niezgodnej z ustawą ani uznawanie tego zastrzeżenia jako czynu nieuczciwej konkurencji i odrzucenie na tych podstawach oferty. O spełnieniu tych przesłanek nie może bowiem świadczyć subiektywny stan wiedzy i świadomości wykonawcy co do charakteru zastrzeżonych informacji, ale obiektywne okoliczności świadczące odpowiednio o niezgodności oferty z ustawą lub o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji." KIO 2398/13

3) "W przypadku niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający zobowiązany jest w takiej sytuacji odtajnić informacje, bez negatywnego skutku w postaci odrzucenia oferty KIO 1216/16

2.2.2.4. Także Prezes UZP zakazał odrzucenia oferty, w której niezasadnie zastrzeżono w tajemnicy część informacji:

1) "Niezasadne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi natomiast przesłanki odrzucenia jego oferty na podstawie art.

89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

2) Zgodnie z art. 154c Ustawy Prezes UZP "(...) dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów ustawy przez zamawiających, wydając w szczególności - z urzędu lub na wniosek - opinie, w których przedstawia interpretację przepisów ustawy budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów, Trybunału Konstytucyjnego lub Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej".

3) Z powyższego przepisu wynika, że ustawowym zadaniem Prezesa UZP jest zapewnienie jednolitego stosowania przepisów Ustawy, czego konsekwencją jest obowiązek stosowania się Zamawiających do decyzji Prezesa UZP i pewność co do stosowania prawa przez podmioty na rynku zamówień publicznych.

4) W wyniku powyższego - żaden Zamawiający w Polsce nie ma prawa odrzucić oferty Odwołującego, nawet jeżeli jakiś zamawiający uzna, że Odwołujący niezasadnie zastrzegł jej część w tajemnicy, w zakresie w którym zrobił to Odwołujący.

5) Co więcej, Prezes UZP swą opinię poparł stosowną uchwałą Sądu Najwyższego, na którą również Zamawiający powołał się w SIWZ, to znaczy, że Prezes UZP, podobnie jak Zamawiający, jest nią związany. W takiej sytuacji uznanie, że pomimo jasnych informacji ze wszystkich możliwych źródeł, że Zamawiający ma prawo odrzucić jego ofertę Odwołującego, będzie nieuczciwe - sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oraz podważy zaufanie podmiotów na rynku do organów państwowych Państwa, organów państwowych, bo wprowadzi "prawo do podejmowania decyzji w oparciu o kaprys a nie o przepisy prawa".

6) Odwołujący czerpie wiedzę na temat zamówień publicznych z ogólnodostępnych źródeł - przepisów prawa, SIWZ, w tym przede wszystkim ze strony uzp.gov.pl. Pod ww. adresem, w zakładce "baza wiedzy", znajdują się informacje przygotowane przez organy publiczne mające umożliwić skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego i nie można być karanym za stosowanie się do tych informacji.

2.2.2.S. Stanowisko doktryny. Konsekwencją tak wyraźnego stanowiska Zamawiającego, Sądu Najwyższego, Krajowej Izby Odwoławczej i Prezesa UZP jest stanowisko doktryny, wyrażone w komentarzach do Ustawy, których autorzy opowiadają się za niemożliwością odrzucenia oferty w sytuacji zastrzeżenia w tajemnicy części informacji w niej zawartych:

2.3. Podsumowanie.

Odwołujący zachował się zgodnie z regułami wyrażonymi w SIWZ, orzeczeniach, decyzji Prezesa UZP ujednociających stosowanie prawa. Zamawiający musi przestrzegać własnego SIWZ, tych wszystkich źródeł prawa, które odwołujący wskazał wyżej. Decyzja ujednociająca przez Prezesa UZP (według której nie można odrzucić oferty, w której bezzasadnie utajniono część informacji) wiąże, podobnie jak pkt 7.9 SIWZ i Zamawiający ma obowiązek zachować się zgodnie z dyspozycją tych przepisów. Zamawiający nie ma podstawy prawnej do odrzucenia oferty Odwołującego, ponieważ Odwołujący przygotował ofertę zgodną z SIWZ, Ustawą i zgodnie z ww. informacjami, decyzjami, wyrokami.

3. Sprzeczność z prawem i logiką argumentacji Zamawiającego podniesionej w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej - w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego.

3.1. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest sprzeczna z prawem i absurdalna. Odnosząc się do cytowanych w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty twierdzeń Zamawiającego:

1) "(...) kwestie upustów, ceny rabatów Wykonawca przedstawił w złożonych wyjaśnieniach z dnia 12.06.2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do ustalenia czy oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie w wyjaśnieniach treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

Stanowisko Zamawiającego jest błędne, bo:

A) Odwołujący już w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa złożonym 25 maja 2018 r. zawarł uzasadnienie, co szczegółowo wykazałem powyżej - co świadczy, że Zamawiający prawdopodobnie nie przeczytał uzasadnienia tajemnicy załączonego do oferty na str. 36-39 i pozostaje w błędzie - i może ten błąd naprawić uwzględniając odwołanie;

B) w wyjaśnieniach treści oferty z 12.06.2018 r., na które powołuje się Zamawiający, Odwołujący wykazał dodatkowo, dlaczego zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa (o czym szerzej mowa w pkt 2 poniżej).

C) Żaden przepis Ustawy ani SIWZ (a w szczególności art. 8 ust. 3 i art. 87 ust. 1, pkt 7.9 SIWZ) nie wymaga, by w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący był zobowiązany do udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Odwołujący miał jedynie wykazać (tj. podać pisemne uzasadnienie), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (zgodnie z art. 8 ust. 3 Ustawy i pkt 7.9 SIWZ) i podobnie wyjaśnić treść swojej oferty (art. 87 ust. 1 Ustawy).

D) Odwołujący przedłożył dowody na okoliczność zaferowania mu wysokich upustów dopiero na etapie składania wyjaśnień co do ceny, ponieważ obowiązek składania dowodów przy okazji składania takich wyjaśnień wynika z art. 90 ust. 1 Ustawy.

E) dodatkowo, Odwołujący już wcześniej, w załączniku do pisma z 7 czerwca 2018 r. złożył dowód - oświadczenie osoby trzeciej, dowodzący, że zastrzeżone informacje stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dowody (w aktach Postępowania): A) oferta Odwołującego z 25 maja 2018 r.; B) pismo Odwołującego z dnia 12.06.2018 r. Kwestia braku obowiązku składania dowodów na okoliczność utajnienia informacji wielokrotnie była przedmiotem rozważań KIO, a dodatkowo wynika wprost z pkt 7.9 SIWZ, co wykazałem powyżej (Zamawiający żądał wykazania - tj. złożenia uzasadnienia, a nie złożenia dowodów. I tak m.in.: "Pojęcie „wykazał” użyte w art 8 ust. 3 ustawy (...) nie jest równoznaczne z pojęciem „udowodnił” lub „przedstawił dowody”, które wprost nie zostały w tym przepisie użyte a uwzględniając racjonalność ustawodawcy; należy przyjąć, że gdyby w omawianym art 8 ust 3 chodziło o przedstawienie pliku dowodów, to ustawodawca wskazałby wyraźnie na wymóg udowodnienia, tak jak to uczynił literalnie - w co najmniej kilku przepisach ustawy(KIO 1015/17),

2) "Wykonawca w wyjaśnieniach treści oferty nie wykazał Zamawiającemu dlaczego nazwa Producenta, typ model oferowanego Urządzenia zostały objęte przez niego tajemnicą przedsiębiorstwa, a jedynie wyjaśnił Zamawiającemu zasady współpracy z Producentem Urządzeń, w tym kwestie dotyczące ceny, upustów i wzajemnych dobrych relacji." - Zamawiający mija się z prawej bo:

A) Odwołujący w wyjaśnieniach na str. 36-39 złożonych wraz z ofertą zawarł wyjaśnienia dotyczące kontrahenta - a więc producenta oferowanego urządzenia; to co identyfikuje urządzenie (producent-typ-model) - identyfikuje kontrahenta.

B) dodatkowo w piśmie z 7 czerwca 2018 r. wprost wskazał na ziszczenie się przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

C) w rezultacie, Odwołujący wskazał i opisał zarówno okoliczności mające świadczyć o tym, że zastrzeżone informacje posiadają dla Odwołującego istotną wartość gospodarczą oraz stanowią informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne, jak również to, że Odwołujący podjął niezbędne czynności w celu zachowania w tajemnicy informacji, jak również to, że informacje zastrzeżone przez Odwołującego nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Dowody (w aktach Postępowania): A) oferta Odwołującego z 25 maja 2018 r.; B) pismo Odwołującego z dnia 7 czerwca 2018 r., nr pisma 2018/06/99 .

3) "Zamawiający, wbrew twierdzeniu Wykonawcy zawartemu w złożonych wyjaśnieniach, że dane przedstawione przez Wykonawcę zostały przygotowane specjalnie na potrzeby postępowania, w związku z czym nie można ich uzyskać w zwykłej, dozwolonej drodze dokonał analizy rynku także poprzez zwykłe wprowadzenie do wyszukiwarki internetowej hasła "urządzenia do równoważenia ruchu sieciowego Load Balancer producenci". Analiza, o której mowa powyżej uzasadniła bezpodstawność stanowiska Wykonawcy, ponieważ nawet tak podstawowy jak wskazany powyżej sposób wyszukiwania pozwala na identyfikację Producentów Urządzeń tego typu, w tym nazwę Producenta oferowanych przez Wykonawcę Urządzeń. Sam fakt oferowania przez Wykonawcę jednego z powszechnie dostępnych na rynku Urządzeń wymaganego typu nie może, w ocenie Zamawiającego, stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Stanowisko Zamawiającego jest błędne i można je potraktować jako tendencyjne dwój-myślenie Zamawiającego (inne w rzeczywistości, a inne na powierzchni dokumentów), bo: A) informacja dostępna w wyszukiwarce internetowej na temat tego, że dany producent produkuje jakies "urządzenia do równoważenia ruchu sieciowego" - nie wystarczy do zaferowania produktów zgodnych z SIWZ, czego łatwo dowodzi przypadek Exatel, który został odrzucony, bo zaferował urządzenia niezgodne z SIWZ; B) Zamawiający sprawdzał ofertę Odwołującego i Exatel wielokrotnie wzywając do wyjaśnień - co dowodzi, że informacje zawarte w internecie dostępne przez przeglądarkę są niewystarczające; C) Przygotowując ofertę, Odwołujący oddelegował do pracy nad nią m.in. inżynierów, których zadaniem było dopasowanie (spośród wielu dostępnych na rynku) urządzeń do wymogów

Zamawiającego. D) Zapoznanie się z licznymi wymogami Zamawiającego a następnie weryfikowanie kolejnych specyfikacji technicznych urządzeń różnych producentów, jest czasochłonne, wymaga odpowiedniej wiedzy technicznej i doświadczenia. E) Odwołujący nie zaferował Zamawiającemu pierwszego urządzenia lecz urządzenie, którego zgodność z SIWZ została sprawdzona, dlatego nie została odrzucona. F) Zamawiający miał wątpliwości czy urządzenie oferowane przez Odwołującego spełnia SIWZ - dlatego wzywał Odwołującego wielokrotnie do wyjaśnień i żądał informacji na temat działania urządzeń.

4) co do wyroku KIO o sygn. KIO 2652/17 zacytowanego w części przez Zamawiającego w "Zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej" Odwołujący zwraca uwagę, że w ww. wyroku KIO nie nakazała odrzucenia oferty, w której wykonawca bezzasadnie zastrzegł w tajemnicy część informacji. Co więcej wyrok ten dowodzi tylko o słuszności argumentacji Odwołującego co do konieczności odtajnienia oferty w takiej sytuacji (o czym Odwołujący pisze powyżej).

Część II: odnośnie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Exatel

Zamawiający nie odrzucił oferty Exatel na podstawie wszystkich sprzeczności tej oferty z SIWZ, ograniczając się jedynie do czterech. W ramach zarzutu nr 5 na str. 2 odwołania Odwołujący wskazał, w jakim zakresie (oprócz tego wskazanego przez Zamawiającego w "zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej") oferta Exatel nie spełnia wymagań SIWZ. Szczegółowy opis "niezgodności" jest zawarty w piśmie Odwołującego do Zamawiającego z 3 sierpnia 2018 r. Dowód: pismo Odwołującego do Zamawiającego z 3 sierpnia 2018 r. wraz z załącznikiem (w aktach Postępowania).

Zamawiający w odpowiedzi na zarzuty podniesione w odwołaniu podtrzymał

argumentację na okoliczność odrzucenia oferty Odwołującego przedstawioną w

zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 sierpnia 2018 r. zastrzegając

jednocześnie tę odpowiedź, jako tajemnica przedsiębiorstwa, które to zastrzeżenie w toku

posiedzenia i rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą nie zostało uchylone. Do tej

odpowiedzi załączył wyciąg z publikacji - komentarz do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp (J. P. Prawo zamówień publicznych komentarz 14. wydanie, Warszawa 2017 r., strona nr 92-93).

W konkluzji odpowiedzi podtrzymał stanowisko, co do prawidłowości dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z ustawą i wyboru oferty firmy Ascomp S.A. jako najkorzystniejszej.

Rozpoznając odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt: KIO 1757/18

Odwołanie wniesione przez wykonawcę Exatel podlega oddaleniu.

Zgodnie z ustaleniami Izby, Zamawiający mając na uwadze składane przez wykonawcę wyjaśnienia, w tym przypadku w odpowiedzi na wezwanie z dnia 5 czerwca 2018 r. oraz z dnia 20 czerwca 2018 r., prawidłowo uznał, że w zakresie wymaganych parametrów opisanych w załączniku nr 1 do umowy w punkcie: 2.18, 2.22, 3.1 oraz 4. Ppkt 4.1. wykonawca w odpowiedzi nie wykazał, że zaferowane Urządzenie do kontroli i równoważenia ruchu sieciowego Radware typ ADC, model Alteon D-6024S HPP Perform-30G spełnia wymagania.

Izba, odnosząc się do składanych wyjaśnień (ogólnie z uwagi na ich zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa, co nie było kwestionowane ani przez Zamawiającego ani innych wykonawców) oraz stosując się do reguły z art. 192 ust.7 Pzp [7. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.], a także przy uprzednim zastosowaniu reguły z art. 189 ust.6 Pzp [zd. 1 ust. 6. 6. Izba na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów

inna niż informacja niejawną w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych.], stwierdza, że Zamawiający w wezwaniach kierowanych do wykonawcy wymagał wskazania w jaki sposób wykonawca zapewni realizację danego wymagania. Wykonawca w odpowiedzi oświadczał, że takie możliwości potwierdza dokumentacja producenta oferowanego rozwiązania Radware. W pierwszym z wyjaśnień z dnia 8 czerwca 2018 r., powołał się, że jego urządzenie jest zgodne z oficjalną dokumentacją producenta podając jej oznaczenie, zastrzegając te wyjaśnienia oraz wskazaną dokumentację, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W odwołaniu z kolei nie potwierdził, że jego argumentacja dotyczy tej samej dokumentacji na którą powoływał się w wyjaśnieniach, wskazując (w części jawnej) na str. 7 na instrukcję AlteonOS 30.5.8 opublikowaną w marcu 2018 r. - inną niż wskazywana w wyjaśnieniach. Jednocześnie stwierdzał, że: (...) załączone przez Zamawiającego fragmenty dokumentacji „Alteon Web based Management Application Guide” jednoznacznie wskazują, że korzystał on z nieaktualnej wersji dokumentacji oznaczonej jako RDWR-ALOS-V3050_WBMAG1602”.

Zamawiający korzystał natomiast z dostępnej na stronie internetowej dokumentacji dla oferowanego urządzenia Alteon D-6024S HPP Perform-30G. Także na taką dokumentację ze strony producenta, a więc oficjalną, powołał się Przystępujący wykonawca Allclouds. pl sp. z

o.o. przedstawiając także dwie „Analizy możliwości spełnienia wymagań”. Pierwszą

przy piśmie z dnia 3 sierpnia 2018 r. i drugą - z dnia 7 września 2018 r., którą przedłożył na rozprawie w dniu 13 września br.

Wykonawca Exatel nie wskazał na żadnym etapie jakie nieaktualne dane zawiera dokument „RDWR-ALOS-V3050_WB MAG1602” w stosunku do obowiązującej wersji dokumentacji w dniu składania oferty przez Exatel S.A. - AlteonOS 30.5.8 opublikowanej w marcu 2018 r. (nie wskazano gdzie nastąpiła taka publikacja). Izba podkreśla, że kwestionując dokument „RDWR-ALOS-V3050_WBMAG1602” na który powołał się Zamawiający (także Przystępujący) co do jego kompletności (rzekomo dokumentacja miała stanowić jedynie wycinek dotyczący sposobu konfiguracji pewnych parametrów systemu za pomocą jednego z dostępnych interfejsów konfiguracyjnych) nie wykazywał tych kluczowych różnic, powołując się - jak już wskazano - na inną dokumentację w wyjaśnieniach, a na inną w odwołaniu. Izba stwierdza także, że Odwołujący powołując się na dynamiczny rozwój produktu w ciągu ostatnich 2 lat nie uprawdopodobnił nawet, jakie nowe funkcje zostały wprowadzone do oferowanego przez Radware urządzenia, a jakie istniejące funkcje zostały znacząco ulepszone. Także wobec treści wyjaśnień składanych przez Odwołującego Exatel nie można zgodzić się z wykonawcą, że (...) za każdym razem udzielał Zamawiającemu wyczerpującej odpowiedzi potwierdzającej spełnianie przez oferowane urządzenie wymagań opisanych w SIWZ. Powyższe ustalenia, a przede wszystkim brak dowodu na potwierdzenie stanowiska Odwołującego, co do tak istotnych różnic wynikających z dokumentacji publikowanej w maju 2016 oraz tej na którą powołał się wykonawca w odwołaniu - publikowanej w marcu 2018, nie pozwalały Izbie zgodzić się z jego twierdzeniami, że ustalenia Zamawiającego nie były oparte na oficjalnym dokumencie, w sytuacji gdy za taki oficjalny dokument należy uznać dokument udostępniony na stronie producenta urządzenia.

Izba także za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 87 ust.1 Pzp, albowiem w celu wyjaśnienia treści oferty Zamawiający zastosował procedurę wyjaśnień do oferty Odwołującego, kierując do wykonawcy - co podkreślał sam Odwołujący - trzykrotnie zapytania, a zatem badanie i ocena tej oferty była prowadzona z zastosowaniem przewidzianych przez przepisy ustawy Pzp procedur związanych z wyjaśnieniem wątpliwości treści złożonej oferty. Zamawiający nie żądał żadnych dokumentów potwierdzających dane techniczne oferowanych Urządzeń, jednakże brak takiego żądania nie pozbawiał Zamawiającego, (wręcz nie zdejmował obowiązku) możliwości weryfikacji treści oferty.

Obowiązkiem Zamawiającego jest bowiem badanie ofert, w sposób dający pewność w zakresie ich zgodności lub braku zgodności z treścią SIWZ. Ogólnikowość wyjaśnień i wskazywanie niejednoznaczne na rzekomo oficjalną dokumentację producenta - inną niż opublikowana na jego stronie - nie poparte żadnym dowodem powodowały uzasadnione zakończenie procedury wyjaśnień z konkluzją niezgodności oferty ze specyfikacją co do parametru z pktu 2.18, pkt 2.22, pkt 3.1. i pkt 4 ppkt 4.1.

Odwołujący na posiedzeniu podtrzymał zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje mające znaczenie dla rozpoznania zarzutu w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z jej art. 8 ust. 3, wnosząc o wyłączenie jawności rozprawy dla publiczności. W tym przypadku dotyczyło to uczestnictwa w tym charakterze wykonawcy Exatel, który nie zgłosił w tej sprawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron. W zakresie zarzutów dotyczących oferty tego wykonawcy Odwołujący nie zastrzegł aby rozprawa była niejawną i tym samym zarzuty podnoszone do oferty Exatel w jego odwołaniu precyzowane w piśmie z dnia 3 września 2018 r. były rozpoznawane na jawnej rozprawie.

Izba, w przypadku tego odwołania, za zasadny uznała zarzut w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z jej art. 8 ust. 3. W pozostałym zakresie odwołanie w związku z regułą z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp [„2. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi

naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.] nie podlegało uwzględnieniu.

Stosownie do postanowień art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp: „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 udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

W niniejszej sprawie wykonawca Allclouds w Formularzu Oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) w pkt 8) podał, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte są na stronach 7, (Producenta oferowanych Urządzeń, typu oraz modelu) oraz na str: 9, 15, 23 -25, 36-39, 41, 43-59, wskazując, że uzasadnienie zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawca zamieścił na stronach 36-39 jego oferty. Izba stwierdza, że uzasadnienie zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, tak jak to prawidłowo ustalił Zamawiający, odnosi się jedynie do wykazu dostaw lub usług (pkt a) oraz zobowiązania innych podmiotów (pkt b), a nie informacji o przyczynach objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Producenta oferowanych Urządzeń, typu oraz modelu, zamieszczonych na stronie 7 oferty Odwołującego. Argumentację odnośnie tego zastrzeżenia wykonawca zawarł po złożeniu oferty - w piśmie z dnia 7 czerwca 2018 r. w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2018 r. To oznacza, że wykonawca na dzień złożenia oferty nie wykazał, że nazwa Producenta oferowanych Urządzeń, typ oraz model stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Tym samym nie wypełnił łącznie obu przesłanek wskazanych przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że powyższe ustalenia nie mogły stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niezgodności z ustawą, o której to przesłance stanowi art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W tym przypadku Izba, mając na uwadze stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z 20.10.2005 r. sygn. III CZP 74/05, które także konsekwentnie wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, a także taki pogląd prezentuje w opinii Prezes Urzędu (jako organ, który w myśl art. 154c (...) dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów ustawy przez zamawiających, wydając w szczególności - z urzędu lub na wniosek - opinie, w których przedstawia interpretację przepisów ustawy budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów, Trybunału Konstytucyjnego lub Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”), stwierdza, że zamawiający nie może odrzucić oferty w sytuacji uznania, że informacje w tej ofercie niezasadnie zostały utajnione lub też (jak w tym przypadku) brak jest uzasadnienia dla takiego zastrzeżenia. Także Izba prezentuje pogląd, że brak wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa czy brak uzasadnienia tej czynności wykonawcy obciąża wykonawcę składającego ofertę i zwalnia zarazem zamawiającego z utrzymania określonych i wskazanych w ofercie informacji w tajemnicy, jednakże bez negatywnego skutku w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art 8 ust. 3 ustawy Pzp. Izba jednocześnie stwierdza, że postanowienie punktu 7.9 specyfikacji nie jest postanowieniem nieważnym, albowiem jak już wskazywano ustawa Pzp nie zawiera przepisu, który przewidywałby sankcję za brak uzasadnienia zastrzeżenia informacji, lub zastrzeżenie takich informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie zastrzeżenia powinny być [zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego - uchwała z 20.10.2005 r. sygn. III CZP 74(05)] traktowane, jako bezskuteczne i w konsekwencji informacje takie powinny zostać odtajnione. Izba dodatkowo stwierdza, że niewątpliwie opinia wyrażona w literaturze nie stanowi źródła prawa i może być za takie źródło uznana, szczególnie w sytuacji gdy przepis prawa: zarówno 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jak i jej art. 8 ust. 3 co do kluczowych kwestii nie uległ zmianie i na ich podstawie zapadła uchwała Sądu Najwyższego.

W zakresie zarzutów dotyczących czynności i zaniechań wobec Exatel S.A. ma zastosowanie reguła z art. 192 ust.2 Pzp. W tym przypadku Izba miała na uwadze, że w zakresie kwestionowanych w odwołaniu siedmiu parametrów do których odnosi się także pismo z dnia 3 sierpnia 2018 r. (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a także w toku rozprawy podtrzymał stanowisko wyrażone w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający, w tym przypadku, podkreślając bezprzedmiotowość żądania odrzucenia oferty wykonawcy Exatel podnosił, że dokonał czynności odrzucenia oferty Exatel S.A. jako niezgodnej z SIWZ, czego zaniechanie zarzuca w odwołaniu wykonawca. Jego zdaniem nie jest możliwe odrzucenie danej oferty za niezgodność z treścią SIWZ „bardziej”. Co prawda stwierdził, że dokonał weryfikacji oceny oferty w oparciu o ekspercką wiedzę pracowników Zamawiającego popartą informacjami z oficjalnej dokumentacji technicznej Producenta oferowanego przez tego Wykonawcę Urządzenia dostępnej powszechnie w oparciu, o którą sformułował podstawy do odrzucenia oferty Exatel S.A. oraz, że wskazał w jego ocenie elementy przesądzające o tym, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna ze specyfikacją, jednakże wskazując na przeprowadzone analizy potencjalnych niezgodności - w miejsce dowodu wynikającego z tych analiz - stwierdził tylko, że nie podzielił wątpliwości wykonawcy Allclouds. Nie przedstawił jednakże uzasadnienia dla tego stanowiska w sytuacji gdy wykonawca szczegółowo opisuje brak tych innych funkcji w oferowanych urządzeniach. Te okoliczności wskazują, że uzasadnione byłoby ponowienie badania i oceny parametrów w zakresie wskazanym w odwołaniu KIO 1770/18. Jednakże ustalenia ze sprawy połączonej (zarządzeniem Prezesa KIO z dnia 06/09/2018 r.) KIO 1757/18 wskazują, że oferta wykonawcy Exatel słusznie została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp z powodu jej niezgodności ze specyfikacją. Tym samym Izba stosując odpowiednio regułę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp uznała, że zarzuty w tej części z odwołania KIO 1770/18 nie podlegają uwzględnieniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).