

**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. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym:
  - a) odtajnienie części 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 zastrzeżenia, a także odtajnienie części pisma stanowiącego wyjaśnienia Przystępującego z dnia 31 lipca 2013 roku,

str. 2 i 3 od akapitu drugiego zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia 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 obciąża 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:**

## **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 złożyli 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, wdrożenie 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 że 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 ustawy Pzp, pomimo iż treść oferty Ingrifo nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Zamawiającego jako niejawne wezwania/wezwań skierowanych do Ingrifo jak i zastrzeżonych przez Ingrifo jako niejawnych wyjaśnień treści oferty Ingrifo będących odpowiedziami na wezwanie/wezwania Zamawiającego (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonych 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 złożonej przez Odwołującego jako oferty

najkorzystniejszej, pomimo że 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 złożonej przez Ingrifo jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Ingrifo powinna zostać odrzucona, a także zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi, iż 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 iż 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 zastrzeżonych przez Zamawiającego jako niejawnie wezwania/wezwań skierowanych do Ingrifo jak i zastrzeżonych przez Ingrifo jako niejawnych wyjaśnień treści oferty Ingrifo będących odpowiedziami na wezwanie/wezwania Zamawiającego (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach/wyjaśnieniach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia 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) zastrzeżone przez Zamawiającego jako niejawnie wezwania/wezwań skierowanych do Ingrifo jak i zastrzeżone przez Ingrifo jako niejawnych wyjaśnień treści oferty Ingrifo będących odpowiedziami na wezwanie/wezwania Zamawiającego (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), a także nakazanie Zamawiającemu, aby zawiadomił Odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) dokumentów/wyjaśnień/oświadczeń oraz udostępnił Odwołującemu dokumenty/wyjaśnienia/ oświadczenia;

5. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesiono, że Odwołujący złożył 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 iż treść oferty Ingrifo nie odpowiada treści SIWZ. W ofercie nie wykazano spełnienia wymagań SIWZ w zakresie możliwości dostępu do funkcji zaoferowanych narzędzi z poziomu przeglądarek WWW używanych 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, że 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 możliwości dostępu do funkcji zaoferowanych narzędzi z poziomu przeglądarek WWW używanych 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 niż Microsoft Internet Explorer. Informacje na ten temat są powszechnie dostępne na stronie internetowej: <https://hpln.hp.com/page/alrn-qc-enterprise-technical-specifications/>.

Należy również zwrócić uwagę, że nie jest możliwe 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, że 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, gdyż 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 może być spełnione.

Ponadto należy zauważyć, że 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 używa technologii Microsoft ActiveX, dostępnej tylko w środowisku Windows oraz przeglądarce Internet Explorer. Uniemożliwia to pracę z produktem w środowiskach Linux oraz Windows z innymi przeglądarkami. Uniemożliwia to także implementacje dedykowanych komponentów stworzonych przez wykonawcę w ramach wdrożenia, ponieważ 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 możliwości definiowania wymagań w postaci tekstu, modelowania przypadków użycia wskazano, że 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 użycia.

Z wykazu oferowanego oprogramowania (licencji/sublicencji) zamieszczonego w ofercie Ingrifo na stronie 6 wynika, że 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 użycia, (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 użycia (diagram), a jedynie na zapis przypadków użycia w postaci tekstu oraz dołączanie obrazków co w żadnym 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 możliwość definiowania wymagań w postaci tekstu oraz modelowania przypadków użycia 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 możliwości modelowania przypadków użycia, a jedynie dołączanie obrazków co nie spełnia wymagania.

3. Odwołujący zaznaczył, że 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 złożenia 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, że przedmiotowe pismo zawiera „cytaty” z „pierwszych” wyjaśnień Ingrifo. W odpowiedzi na to kolejne wezwanie Zamawiającego, Ingrifo złożyło wyjaśnienia (prawdopodobnie

pismem z dnia 31 lipca 2013 r.), ale ich treść również nie została udostępniona Odwołującemu. Odwołujący podnosił, że 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 dokumentów/wyjaśnień/oświadczeń narusza przepisy ustawy Pzp. Treść tych dokumentów/wyjaśnień/oświadczeń nie stanowi bowiem tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

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

W szczególności zwrócono uwagę na to, że Ingrifo w swojej ofercie zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie „wykaz referencji” i „wykaz osób”. Pozostała część oferty jest jawna. Zastrzeżenie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust 3 ustawy Pzp musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert. W szczególności należy wskazać, że jawny jest w ofercie Ingrifo „wykaz oferowanego oprogramowania (licencji/sublicencji), którego dotyczyła korespondencja Zamawiającego z Ingrifo. Wyjaśnienia dotyczące części jawnej oferty też więc powinny być jawne. Nawet gdyby uznać, że wyjaśnienia te (jak i wezwanie/wezwania Zamawiającego) zawierają informacje, których nie ma w części jawnej oferty to też nie powinny być utajnione z uwagi na brak stosownego zastrzeżenia przez Ingrifo złożonego w dacie składania ofert. Zamawiający jak i Ingrifo nie wykazało również, że charakter tych informacji pozwala na ich utajnienie jak i nie wykazało podjęcia w stosunku do nich niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Zamawiający rażąco 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 zastrzeżonych przez Zamawiającego jako niejawnych wezwań skierowanych do Ingrifo jak i zastrzeżonych przez Ingrifo jako niejawnych wyjaśnień treści oferty Ingrifo będących odpowiedziami na wezwanie/wezwania Zamawiającego (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonych 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 unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. W przepisie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp ustanowiona została zasada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.



Zamawiający może 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, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że 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, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli 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.

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

Oдноśnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że 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 każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Oдноśnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego dokonane przez Zamawiającego i Ingrifo zastrzeżenia 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 też w terminie składania ofert zastrzeżenia tych treści. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Pzp.

Odnosnie ciężaru dowodu w orzeczeniu o sygn. akt: KIO 2079/10 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż ciężar ten spoczywa wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podniósł w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.”

Należy stwierdzić, że działania Zamawiającego i Ingrifo zmierzają nie do ochrony faktycznej tajemnicy przedsiębiorstwa, ale do uniemożliwienia innym wykonawcom ewentualnej weryfikacji dokumentów/oświadczeń/wyjaśnień składanych w przedmiotowym postępowaniu.

W zdaniu końcowym Odwołujący zaznaczył, że ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę, gdyż jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza - pomimo iż jest taką ofertą. Czynności i zaniechania Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Odwołujący nie może 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 zastrzeżone przez Zamawiającego jako niejawne wezwania/wezwań skierowanych do Ingrifo jak i zastrzeżone przez Ingrifo jako niejawne wyjaśnienia treści oferty Ingrifo będące odpowiedziami na wezwanie/wezwania Zamawiającego (zastrzeżone jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), Odwołujący miałby możliwość zweryfikowania ich prawidłowości, co zwiększyłoby szansę Odwołującego na wykazanie, iż oferta Ingrifo nie odpowiada treści SIWZ, a więc również 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 uniemożliwiają 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, że posiada iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Uwzględnienie odwołania uniemożliwi mu więc uzyskanie zamówienia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

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

Zamawiający złożył 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 złożonych w postępowaniu, wezwań Zamawiającego oraz wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, dokumentów złożonych 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 zważył, co następuje:**

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

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż 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, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przedstawił stan faktyczny zaistniały w postępowaniu o udzielenie 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 złożone przez tego wykonawcę w wyniku wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba zważyła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ 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 zastrzeżonej 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 zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa walor ten istotnie posiadają.

Co do kwestii natury ogólnej, zważyć należy iż 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, ostrożny 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, iż 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 również dla każdego zainteresowanego. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy

Pzp przewiduje, że 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 one być udostępniane. Wykonawca nie może 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, że: „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, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli 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”.

Powyższy 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 jakiegokolwiek kontroli. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsięwzięte 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 dokonanej przez wykonawców zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pod kątem jego zasadności. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005

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

Podkreślić należy, iż przyczyny wyłączenia jawności winny mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja zarówno przez Zamawiającego, jak i w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Zamawiający nie może zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie i w efekcie tych działań może w stosunku do niektórych informacji uznać, że można je ujawnić mimo formalnie poprawnego zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę.

Nie negując faktu, iż skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa powinno nastąpić na etapie składania oferty, zgodzić należy się z Zamawiającym i Przystępującym, iż w pewnych określonych przypadkach możliwe jest poczynienie zastrzeżenia na późniejszym etapie postępowania o udzielenie 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 może odnosić się do dokumentów i oświadczeń składanych na etapie późniejszym, ponieważ nie istnieją one w terminie składania ofert. Nie można również wykluczyć sytuacji, że nawet jeżeli w ofercie nie zastrzeżono pewnych informacji, to składane wyjaśnienia dotyczące informacji z oferty są na tyle szczegółowe, że materializuje się konieczność objęcia ich klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie uznano, że możliwe byłoby zastrzeżenie wyjaśnień składanych do jawnej części oferty, o ile spełnione zostałyby wszystkie przesłanki, aby takie informacje uznać można byłoby za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc powyższe rozważania 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 złożonej oferty w zakresie wymagań TR\_SYS\_2, TR\_ZPT\_8, TR\_ZPT\_15. Wykonawca w dniu 30 lipca 2013 roku złożył wyjaśnienia, jednocześnie zaznaczając, że 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 zastrzeżenia informacji. W dniu 30 lipca Zamawiający ponownie wystosował do Przystępującego wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, utajnił jednak jego treść, ponieważ nawiązywał w niej do złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. W dniu 31 lipca 2013 roku wykonawca złożył ponowne wyjaśnienia i ponownie utajnił ich treść, wskazując na zasadność utajnienia.

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

**Uznano, że odtajnieniu powinna podlegać część 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 zastrzeżenia, a także część pisma Przystępującego z dnia 31 lipca 2013 roku, str. 2 i 3 od akapitu drugiego zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia.**

Informacje dotyczące uzasadnienia zastrzeżenia mają charakter bardzo ogólny, zawierają rozważania prawne co do definicji i charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, przesłanek skuteczności jej zastrzeżenia, przywołują orzecznictwo. Nie odnoszą się więc do specyfikacji technicznej dostarczanego rozwiązania, konfiguracji, czy też 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 zastrzeżony 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 złożenia oferty jest jawna. Przystępujący z nazwy wymienia oprogramowanie ujęte w wykazie oprogramowania, która to nazwa znana jest uczestnikom postępowania. Nie jest to także nowa informacja, która pojawiła się w późniejszym etapie, po upływie terminu na złożenie oferty.

O ile pozostałe informacje zawarte w dalszych punktach obu złożonych 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 zastrzeżenia informacji odnośnie produktów, których specyfikacje są powszechnie dostępne (np. w Internecie) czy też znajdują się w stałej ofercie handlowej, a zatem dane na ich temat można 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 złożenia wyjaśnień skierowanego do Przystępującego, ponieważ w swej treści przywoływało ono treść wyjaśnień prawidłowo zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Skoro możliwe było zastrzeżenie 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 Przystępującego na rozprawie umowy o poufności nie stanowią wystarczającej podstawy dla skorzystania z możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile nie są spełnione przesłanki ustawowe. Należy bowiem podkreślić, iż 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 może natomiast o podjęciu czynności mających na celu zachowanie informacji w tajemnicy jako jednej z niezbędnych przesłanek traktowania danej informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa, bez wykazania, że spełnione zostały także pozostałe przesłanki wynikające z ustawy warunkujące możliwość zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. To ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest aktem nadrzędnym, a jakkolwiek regulacja umowna nie może zmieniać, czy też wpływać na stosowanie przepisów prawa bezwzględnie obowiązujących.

Izba stwierdza, iż na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający niezasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec całości złożonych wyjaśnień. Biorąc pod uwagę wypowiedzi Przystępującego i Zamawiającego z rozprawy przed Izłą, dostrzeżenia wymaga, iż oczywistym jest, że każda oferta składana na potrzeby danego postępowania uwzględnia jego specyfikę i wymagania. Nie oznacza to jednak, iż poufny charakter uczestnictwa w przetargu jest tożsamy z przyjęciem, iż zawsze i z tej tylko przyczyny wyjaśnienia zawierają elementy tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby powyższe wyjaśnienia Przystępującego nie były przekonywujące i nie zostały poparte żadnym dowodem. Pozostają one zatem subiektywnym oświadczeniem wykonawcy pozbawionym merytorycznej i obiektywnej argumentacji. Należy bowiem uznać, iż w każdym 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 tożsame, iż w każdym 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 powyższe doszło również do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ze względu na bezpodstawne respektowanie przez Zamawiającego zastrzeżenia informacji, co do których potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 8 ustawy Pzp, doszło do zróżnicowania 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, różnicuje w sposób nieuprawniony ich sytuację prawną i faktyczną w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na początku rozważań odnoszących się do zgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych 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 również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ w sposób jasny i precyzyjny określił warunki udziału w postępowaniu, w tym także warunki dotyczące przedmiotu zamówienia oraz dokumenty, na podstawie których obywatela 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 ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Stosowanie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też 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 należy, że 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 używanych przez Zamawiającego, w tym co najmniej Mozilla FireFox wersja 3.6 lub nowsza, Microsoft Internet Explorer wersja 7 lub nowsza, a także na systemach operacyjnych z rodziny Windows oraz Linux.

Zgodnie zatem z odpowiedzią na odwołanie Zamawiający wprowadzając powyższe 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 powyższej 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 przedłożenie specyfikacji technicznych dla powyższego oprogramowania pochodzących z oficjalnych stron internetowych producentów tego oprogramowania), iż powyższe 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 złożonych wyjaśnień z dnia 30 lipca 2013 roku wskazano, że dostęp możliwy będzie również przy wykorzystaniu środowiska Windows i przeglądarki Mozilla FireFox. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga zatem okoliczność, że

ani z oferty, ani ze złożonych wyjaśnień nie wynika, że 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, że „skoro dostęp możliwy będzie z poziomu przeglądarki Mozilla FireFox na systemie operacyjnym Windows, to dostęp możliwy będzie na systemie operacyjnym Linux, dla którego ta przeglądarka jest dedykowana”. Z pewnością wniosek taki jest nieuprawniony w świetle złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Możliwość korzystania z przeglądarki Mozilla FireFox zagwarantowana została w powiązaniu z systemem operacyjnym Windows, nie odnosi się więc w jakikolwiek sposób do dostępu dla systemu operacyjnego Linux. Nie wymaga także wiedzy specjalistycznej odniesienie się do faktu, iż to nie przeglądarka zapewnia czy też gwarantuje dostęp do systemu operacyjnego. Z faktu, że przeglądarka współpracuje, czy też jest dedykowana dla systemu operacyjnego Linux, zwłaszcza jeżeli zaproponowano dla tej przeglądarki rozwiązanie w powiązaniu z systemem Windows, nie wynika, że możliwy będzie wymagany zapisami SIWZ dostęp dla systemu Linux. Taki wniosek należało uznać za zbyt daleko idący.

Dla rozstrzygnięcia powyższego 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 należałoby przyznać Zamawiającemu, iż wymóg ten dotyczył tylko wsparcia po stronie klienta.

Znaczenie drugorzędne miała również 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 zauważył sam Odwołujący, nawet użycie tych komponentów nie spowodowałoby, że zaproponowane rozwiązanie spełniłoby wymagania SIWZ, ponieważ 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 możliwość dostosowania komponentów dla potrzeb systemu, modyfikację oprogramowania i dostosowanie go do potrzeb Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego Izby nie jest jednak możliwe tak daleko idące dostosowanie, aby w opisany w wyjaśnieniach przez Przystępującego sposób zapewnić dostęp dla programu operacyjnego Linux. Za dopuszczalną można uznać sytuację, w której wykonawca w ofercie w złożonym 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 może będzie korzystał przy konfiguracji, czy też modyfikacji oprogramowania podstawowego.

Konkludując, biorąc pod uwagę zapisy SIWZ oraz oświadczenia złożone na rozprawie przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, a także treść oferty i wyjaśnień złożonych 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, że 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 złożenie 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, zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, uznano za precyzyjne i przekonujące. W ocenie składu orzekającego Izby wykonawca przedstawił rozwiązanie umożliwiające spełnienie warunku zawartego w wymaganiu opisanym w SIWZ.

Reasumując, Odwołujący w tej części odwołania nie wykazał, że w zakresie wymaganym oferta Przystępującego jest niezgodna w swej treści z treścią SIWZ. Powyższe nie miało jednak wpływu na brzmienie sentencji, ponieważ 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 także 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:**