

WYROK
z dnia 13 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2017 r. przez wykonawcę

C.P. Sp. z o.o., (...)

w postępowaniu prowadzonym przez

P.P. S.A., (...),

przy udziale wykonawców:

A. B. S.A. (...),

B. S. S.A. (...)

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża C.P. Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez C.P. Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – P.P. S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i instalację elementów infrastruktury informatycznej wraz z dostawą i wdrożeniem oprogramowania i uruchomienie Zintegrowanej Platformy Bazodanowej” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 października 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem (...). Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – C.P. Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewykonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 2 stycznia 2017 r., uwzględnionym częściowo przez Zamawiającego w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego (sygn. akt KIO 17/17),
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego wadliwe zastosowanie oraz odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty B. S.A. jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ewentualnie niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia,
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S. S.A. jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, oraz z ostrożności procesowej
5. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenie informacji, dokumentów i oświadczeń złożonych przez B. S.A. dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

6. art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez niedopuszczenie do oceny rozwiązań równoważnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. wykluczenia B. S.A. oraz odrzucenia jego oferty, ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentu jednolitego dokumentu zamówienia lub dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczenia S. S.A. oraz odrzucenia jego oferty,
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, zaś z ostrożności procesowej nakazanie również odtajnienia informacji, dokumentów i oświadczeń wykonawcy B. S.A. dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu; ewentualnie o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że 17 lutego 2017 r. Zamawiający zawiadomił go o odrzuceniu jego oferty, dokonany wskutek powtórzenia czynności po częściowym uwzględnieniu odwołania złożonego przez Odwołującego 2 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 17/17) – w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego.

W odwołaniu z 2 stycznia 2017 r. Odwołujący w odniesieniu do jego oferty zarzucił naruszenie: art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego wadliwe zastosowanie oraz odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie oceny i wyboru oferty Odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Żądanie odwołania w tym zakresie sprowadzało się do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego; dokonania oceny oferty Odwołującego jako zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia; unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. Jednak pomimo

uwzględnienia odwołania Zamawiający ponownie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, przez co naruszył art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika jednoznacznie obowiązek zamawiającego wykonania czynności zgodnie z żądaniem przedstawionym w odwołaniu. Uwzględnienie odwołania nie ogranicza się bowiem do przyznania słuszności zarzutów w nim podniesionych, ale też skutkuje koniecznością uczynienia zadość zgłoszonym przez odwołującego żądaniom. Taka konstrukcja instytucji uwzględnienia zarzutów uzasadniona jest potrzebą ochrony interesów wykonawców, którzy na skutek złożenia przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania zostają pozbawieni możliwości merytorycznego rozpoznania sprawy i zobowiązania zamawiającego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej do wykonania określonych czynności.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazuje jednoznacznie na fakt, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego pozornie na niewskazanej wcześniej podstawie, odnoszącej się do zaoferowanych licencji O.G.G., O.R.A.C. i O.P.. W rzeczywistości jednak Zamawiający powołuje się na okoliczności pochodne wobec zaoferowania przez Odwołującego rozwiązania równoważnego, będącego podstawą uwzględnionych zarzutów. Zdaniem Zamawiającego zaoferowanie wskazanych przez Odwołującego w ofercie rozwiązań równoważnych oznacza, że łącznie z posiadanymi przez Zamawiającego licencjami istnieje konieczność objęcia licencjami oprogramowania równoważnego dla O.G.G.: 8 rdzeni Zintegrowanej Platformy Bazodanowej i 48 rdzeni dwóch baz zewnętrznych (4 + 44), czyli dostarczenie łącznie 56 licencji oprogramowania równoważnego dla O.G.G..

Zamawiający nie wykazał jednak, aby zachodziły przesłanki warunkujące powyższe wymagania, wskazując jedynie lakonicznie na „wymogi zasad licencjonowania producenta oprogramowania”. Takie uzasadnienie jest dalece niewystarczające dla uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarto wskazanego wprost wymagania dotyczącego obowiązku zaoferowania 56 licencji oprogramowania. Decyzja o odrzuceniu oferty oparta była na wadliwych przesłankach dotyczących niedopuszczenia rozwiązania równoważnego. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego powołał się nie na brak odpowiedniej ilości rdzeni, lecz na zaoferowaną liczbę licencji dla rozwiązania równoważnego.

Nawet gdyby uznać, że powołanie nowych przesłanek faktycznych odrzucenia oferty jest możliwe w ramach powtórzonej oceny ofert po uwzględnieniu zarzutów odwołania odnoszących się do oceny tej oferty, co Odwołujący kwestionuje, w rzeczywistości odrzucenie oferty Odwołującego dokonane przez Zamawiającego 17 lutego 2017 r. zostało oparte na tych samych podstawach faktycznych, co odrzucenie oferty z 21 grudnia 2016 r. Zamawiający usiłuje dowieść, jakoby zaoferowanie przez Odwołującego procesorów z liczbą rdzeni przewyższającą wymagania Zamawiającego wymagało zaoferowania większej liczby

licencji, pomimo braku wyraźnego wskazania takiego wymagania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powołane przez Zamawiającego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zostały określone w sposób jednoznaczny. Rozwiązanie zaoferowane przez Odwołującego jest w pełni zgodne z wymaganiami Zamawiającego i powinno zostać potraktowane jako zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Licencje równoważne zaoferowane przez Odwołującego są zgodne z ogólnie odstępnym wskaźnikiem licencjonowania licencji O. (O. P.C.F.T.). Zgodnie z tym wskaźnikiem, dla procesora IBM Power 8 wskaźnik ten wynosi 1.0 (zarówno dla oprogramowania O.G.G., którego wymagał Zamawiający w postępowaniu, jak i dla oprogramowania S. zaoferowanego w ofercie Odwołującego). Licencje O. D.E.E., O.R.A.C. oraz O.P. w żadnym stopniu nie mają wpływu na liczbę koniecznych do zaoferowania licencji do replikacji, bez względu czy jest to O.G.G., czy oprogramowanie S.. Jeżeli zatem sposób licencjonowania wynikający z licencji O.G.G. jest identyczny ze sposobem licencjonowania wynikającym z licencji S., to Odwołujący zaoferował zgodną ilość licencji z wymaganymi. Zamawiający wymagał 44 licencje dla O.G.G., a zatem zaoferowane 44 licencje dla oprogramowania S. spełniają wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Konsekwentnie Zamawiający dokonuje ponownie, pośrednio, niedopuszczenia do oceny ofert zaoferowanego przez Odwołującego rozwiązania równoważnego. Wskazuje to jednoznacznie na skonstruowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zasadniczo nieprawidłowy sposób, sprowadzający się do fikcyjnego określenia warunków równoważności oferowanych produktów. Pozornie warunki równoważności zostały przez Zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak działania Zamawiającego wskazują na brak możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego w zakresie procesorów oferowanych przez Odwołującego.

Niedopuszczenie produktu zaoferowanego przez Odwołującego jako równoważnego musiałoby doprowadzić do konieczności unieważnienia postępowania jako skonstruowanego niezgodnie z podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych poprzez dopuszczenie rozwiązania wyłącznie jednego producenta, a w konsekwencji – uniemożliwiającego zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ocena działania Zamawiającego jako pozornego opisanie warunków równoważności może warunkować istnienie wady postępowania, która na aktualnym etapie nie może zostać konwalidowana. Powoduje to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno zostać unieważnione jako niekonkurencyjne i przeprowadzone ponownie, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, wykonawców.

Wykonawca B. S.A. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia.

Zamawiający wymagał w punkcie III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonuje/wykonał dostawę/dostawy serwerów wraz z macierzami dyskowymi o łącznej wartości nie mniejszej niż 3.000.000 PLN, z zastrzeżeniem, że łączna wartość dostawy serwerów wraz z macierzami dyskowymi została dostarczona w ramach maksymalnie dwóch umów/zleceń/zamówień. Tymczasem usługa wskazana w części IV sekcji C JEDZ nie spełnia wymagań Zamawiającego dotyczących wartości usługi, gdyż w części dotyczącej dostawy serwerów i macierzy opiewa na kwotę 2.274.714,49 zł brutto, co jest kwotą niższą niż wymagana przez Zamawiającego wartość 3 mln zł. Kwota 29.337.700 zł wskazana w JEDZ odnosi się do całości kontraktu zawartego przez wykonawcę.

Oznacza to, że wykonawca B. nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony, a ewentualnie wcześniej wezwany do uzupełnienia prawidłowego dokumentu JEDZ.

Jednocześnie JEDZ zawiera sprzeczność z dokumentem formularza ofertowego, polegającą na wskazaniu w JEDZ, że wykonawca nie polega na potencjale innych podmiotów w celu wykazania spełnienia kryteriów kwalifikacji. Jednocześnie na liście załączników do formularza ofertowego znajduje się dokument „Oświadczenie podwykonawców do oddania do dyspozycji zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia – Tajemnica przedsiębiorstwa”. W tym zakresie Zamawiający jest zobowiązany do wyjaśnienia zaistniałej sprzeczności oraz, w razie konieczności, do wezwania wykonawcy do uzupełnienia niezbędnych dokumentów. Oświadczenie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów jest dokumentem składanym w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stąd uzasadnione przypuszczenie, że wykonawca może chcieć polegać na potencjale tych podmiotów właśnie w tym celu.

Również S. S.A. nie wykazało spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

S. S.A. wskazał w JEDZ usługę „Opracowanie, wykonanie i wdrożenie rozwiązania dla Centrali ZUS oraz jego jednostek terenowych zintegrowanej hurtowni danych, która stanowiła będzie również źródło danych dla systemu aktualnego”. Zgodnie z JEDZ w ramach realizacji zamówienia zostały dostarczone licencje oprogramowania narzędziowego i standardowego za łączną wartość 13.140.911,76 zł brutto oraz została dostarczona i uruchomiona infrastruktura sprzętowa, w tym serwery i macierze dyskowe na łączną wartość 5.982.887,17 zł brutto. Z powyższego zapisu w JEDZ wynika, że w ramach przywołanej usługi wykonawca dostarczył infrastrukturę sprzętową, w tym serwery

i macierze, a łączna wartość wszystkich dostaw infrastruktury sprzętowej wynosi 5.982.887,17 zł. Z JEDZ nie wynika jednak, że były dostarczane serwery i macierze o łącznej wartości nie mniejszej niż 3.000.000 zł. Oznacza to, że S. S.A. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego.

Ponadto złożony JEDZ zawiera następujące błędy uzasadniające wezwanie wykonawcy do jego uzupełnienia na etapie oceny podmiotowej: w części II lit. A – błędne wskazanie, czy wykonawca jest wpisany do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców – S. wskazał „nie”, podczas gdy w Polsce prawidłową informacją jest „nie dotyczy”; w części II lit. A, lit. e – wykonawca oświadczył, że nie jest w stanie przedstawić zaświadczenia odnoszącego się do płatności składek na ubezpieczenie społeczne i podatków.

Co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa B. S.A. Odwołujący wskazał, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera się w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przez „tajemnicę przedsiębiorstwa” należy rozumieć 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. Zatem określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie, gdy łącznie zaistnieją trzy następujące przesłanki: 1) informacja taka ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (wyrok SN z 3 października 2000 r., I CKN 304/00).

Wskazane przesłanki powinny być bowiem spełnione łącznie, a odpadnięcie jednej z nich powoduje brak możliwości uznania danej informacji za objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnia to nakazanie Zamawiającemu odtajnienia bezprawnie nieujawnionych informacji dotyczących oceny podmiotowej wykonawcy B. S.A.

Naczelną zasadą zamówień publicznych jest jawność i konkurencyjność, co oznacza, iż utajnienie przez wykonawców jakichkolwiek dokumentów powinno mieć charakter rzeczywiście wyjątkowy. To na zamawiającym spoczywa obowiązek wyjaśnienia powyższych okoliczności, a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu, bądź nie oferty wykonawcy. To na wykonawcy, który zastrzega powyższe informacje, spoczywa obowiązek wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca taki powinien być przygotowany na uzasadnienie zastrzeżenia charakteru powyższych informacji. Aby konkretne okoliczności zostały przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, powinny zostać przez niego w sposób dostateczny uzasadnione. Tymczasem w ofercie B. S.A. brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie określa, 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 być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego przesłanki dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały wykazane, stąd uzasadnione jest nakazanie Zamawiającemu ujawnienia bezprawnie utajnionych informacji.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wyjaśnił, że uwzględnił odwołanie Odwołującego z 2 stycznia 2017 r. w części dotyczącej zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. Odrzucenie to oparte było na błędnym stanowisku Zamawiającego, że ilość rdzeni w oferowanych procesorach, stanowiących element wyposażenia dostarczanych przez niego serwerów, jest niezgodna z punktem III.5, poz. 2 tabeli zawartej w załączniku Nr 2 do umowy „Konfiguracja techniczno-użytkowa”. W wyniku uznania tego zarzutu, KIO wyrokiem z 17 stycznia 2017 r. umorzyła postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 17/17 w części dotyczącej tego zarzutu i oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie. Zamawiający przywrócił ofertę Odwołującego do postępowania i dokonał ponownego jej badania na równi z innymi ofertami, po odrzuceniu oferty E. Sp. z o.o., co przesądza, że zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest chybiony i niezgodny z rzeczywistym stanem faktycznym.

W wyniku powtórnego badania oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że ilość zaoferowanych przez Odwołującego licencji oprogramowania S. (oprogramowania równoważnego w stosunku do O.G.G.) jest niewystarczająca w stosunku do ilości rdzeni, które muszą być objęte tymi licencjami i dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, że odrzucił ofertę na podstawie okoliczności pochodnych wobec zaoferowania przez Odwołującego rozwiązania równoważnego, będącego podstawą uwzględnionych wcześniej zarzutów. Jego zdaniem stwierdzenia te mają na celu wyłącznie stworzenie przekonania, że Odwołujący nie wiedział i nie mógł wiedzieć, ile licencji oprogramowania S. ma dostarczyć.

Stanowisko Odwołującego należy uznać za błędne z następujących powodów:

1. Podstawa faktyczna odrzucenia oferty Odwołującego nie jest tożsama z podstawą faktyczną poprzedniego odrzucenia jego oferty. Obecna podstawa dotyczy dostawy zbyt małej ilości licencji oprogramowania S., czyli dostawy oprogramowania, zaś poprzednia dotyczyła ilości rdzeni w procesorach stanowiących element wyposażenia serwerów, czyli dostawy sprzętu; są to dwa różne elementy stanu faktycznego.
2. Zamawiający nie mógł określić ilości licencji dla rozwiązania równoważnego, gdyż nie mógł przewidzieć, jakiego rodzaju oprogramowanie replikacyjne, równoważne dla O.G.G.,

dostarczy którykolwiek z wykonawców i według jakiego wskaźnika producenta tego oprogramowania będzie ono licencjonowane. Dlatego Zamawiający dokonał stosownego zapisu w tym zakresie, w punkcie III ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w załączniku nr 2, w pkt 1 „Dodatkowych postanowień”, który w sposób oczywisty pozwalał wykonawcom ustalić, jaka liczba licencji oprogramowania równoważnego do O.G.G. jest niezbędna do ujęcia w ofercie. Zapis ten brzmiał: „Licencje O.G.G. będą obejmowały Zintegrowaną Platformę Bazodanową i dwie bazy zewnętrzne pracujące odpowiednio na 4 i 44 rdzeniach IBM Power 7”. Już z końcowej treści tego zapisu i posiadanej wiedzy w zakresie wskaźnika licencjonowania 1.0 (1 licencja na 1 rdzeń) Odwołujący winien powziąć wiedzę, że 44 licencje S. to jest zbyt mała ilość, gdyż liczba rdzeni wymagających zalicencjonowania na dwóch bazach zewnętrznych wynosi 44+4, czyli 48. Ponadto objęta tymi licencjami musiała być również Zintegrowana Platforma Bazodanowa, gdyż w przeciwnym przypadku niemożliwa byłaby replikacja danych, co przy ilości 8 licencji (5 dostarczanych przez wykonawcę i 3 posiadanych przez Zamawiającego) O. D.E.E., O.R.A.C. i O. Partitioning, które zgodnie ze wskaźnikiem licencjonowania 1.0 oznaczają objęcie nimi 8 rdzeni, powoduje konieczność dostarczenia dla tych rdzeni 8 licencji oprogramowania O. G.G. lub równoważnego, w tym przypadku S.a. I z tych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie z podania liczby licencji dla oprogramowania równoważnego, co było niemożliwe, Odwołujący, jako profesjonalny podmiot działający na rynku, winien powziąć wiedzę co do ilości licencji oprogramowania replikacyjnego, równoważnego w stosunku do O.G.G.. Z tego powodu zarzuty o pozorności warunków równoważności, czy też o niejasności, nieprawidłowości bądź niejednoznaczności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia są chybione. Odwołujący nie zapoznał się dokładnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i pochopnie przyjął, że jeżeli 44 licencje O.G.G. spełniają wymagania Zamawiającego, to również 44 licencje oprogramowania równoważnego S. będą je spełniały, gdyż wskaźnik licencjonowania jest ten sam. Dlatego, że tak właśnie nie jest w odniesieniu do dwóch baz zewnętrznych, Zamawiający podał ilość rdzeni w tych bazach, aby Odwołujący posiadał wiedzę w zakresie ilości licencji oprogramowania równoważnego, które winien zaoferować, aby spełnić wymagania specyfikacji.

Tym samym zarzuty Odwołującego dotyczące nieprawidłowości w zakresie odrzucenia jego oferty są chybione i nie zasługują na uwzględnienie.

W punkcie V.1.2)a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał dostawę/dostawy serwerów wraz z macierzami dyskowymi o łącznej wartości nie mniejszej niż 3.000.000 PLN, z zastrzeżeniem, że łączna wartość dostawy serwerów wraz

z macierzami dyskowymi została dostarczona w ramach maksymalnie dwóch umów/zleceń/zamówień.

B. S.A. ten warunek spełnił wykazując należyte zrealizowanie w tym okresie dwóch dostaw na łączną kwotę 3.285.714,40 PLN. Zamawiający przekazał Odwołującemu dokumenty podmiotowe, które otrzymał od B. S.A., po wezwaniu na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym wykaz dostaw wykonanych, z zasłoniętą nazwą i adresem jednego z podmiotów, na rzecz którego wykonano dostawę, jednakże z odsłoniętym przedmiotem dostawy i jej wartością. Z przekazanego Odwołującemu wykazu jednoznacznie wynika, że B. S.A. spełnił warunek w zakresie zdolności technicznej.

Co do sprzeczności dokumentu JEDZ złożonego przez B. S.A. z dokumentem formularza ofertowego polegającej na wskazaniu w JEDZ, że wykonawca nie polega na potencjale innych podmiotów w celu wykazania spełnienia kryteriów kwalifikacji, podczas gdy na liście załączników do formularza ofertowego znajdują się „Oświadczenia podwykonawców o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia – tajemnica przedsiębiorstwa” – to w wyniku wezwania w trybie 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z 27 stycznia 2017 r., B. S.A. usunął tę sprzeczność przesyłając Zamawiającemu w 31 stycznia 2017 r. poprawione w tym zakresie oświadczenie JEDZ. Odwołujący wiedział o ww. okolicznościach, gdyż 23 lutego 2017 r. otrzymał skan protokołu postępowania, w którym jest to odnotowane.

Z powyższych względów oba zarzuty wobec B. S.A. i jego oferty nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący wykluczenia S. S.A. jest przedwczesny z uwagi na fakt, że oferta ta nie była badana przez Zamawiającego, który stosuje w tym postępowaniu procedurę odwróconą oraz fakt, że zdolność techniczna jest możliwa do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzut ten powielony został z poprzedniego odwołania (sygn. KIO 17/17), w którym został cofnięty w trakcie rozprawy.

Co do zastrzeżenia części informacji zawartych w ofercie B. S.A. Zamawiający wskazał, że wykonawca ten przedstawił pismo z 29 listopada 2016 r., które dotyczyło i obszernie uzasadniało zastrzeżenie niektórych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa; znajdowało się ono w części oferty objętej tajemnicą. Mimo tego 27 stycznia 2017 r. Zamawiający zwrócił się do B. S.A. o złożenie wyjaśnień w zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedzi B. S.A. przesłał wyjaśnienia, z których wynika, że jego intencją było zastrzeżenie formularzy JEDZ i oświadczeń o użyczeniu zasobów obu podmiotów, na których zasobach polega oraz wykazu dostaw zrealizowanych przez jeden z tych podmiotów. Zdaniem B. S.A. informacje

te, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, spełniają łącznie trzy przesłanki niezbędne dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie mają charakter techniczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. B. S.A. został zobowiązany przez podmioty, na których zasobach polega, do zastrzeżenia danych zawartych w powyższych dokumentach, w oświadczeniach o udostępnieniu zasobów, podpisanych z tymi podmiotami, które zostały załączone do oferty. Co do informacji zawartych w wykazie dostaw, zrealizowanych przez jeden z podmiotów, na którego zasobach B. S.A. polega, wskazano w piśmie z wyjaśnieniami, że istotny jest fakt, że są to dostawy dla jednostki z sektora prywatnego. W odniesieniu do tych informacji podjęto wszelkie możliwe środki polegające na ograniczeniu dostępu do nich przez osoby trzecie. Ponadto wolą i zamiarem podmiotu, na zasobach którego B. S.A. polega, jest nieujawnienie ww. informacji i nieuczynienie ich publicznie dostępnymi, a jedynie ujawnienie ich Zamawiającemu wyłącznie dla jego użytku, celem podjęcia przez Zamawiającego stosownych czynności w zakresie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podmioty, na których zasoby powołuje się, są prywatnymi przedsiębiorcami, którzy chronią informacje o zawartych umowach oraz o łączących ich z innymi podmiotami stosunkach handlowych. Z tego też względu także i dane podane w formularzach JEDZ podmiotów trzecich zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wycofał zarzut wskazany w punkcie 3. część druga, tj. zarzut niezastosowania wobec B. S.A. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia, a także zarzut wskazany w punkcie 4, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S. S.A. jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, wobec czego zarzuty te nie były rozpoznawane.

Co do pozostałych zarzutów Izba ustaliła, iż powyżej przedstawiony stan faktyczny postępowania został opisany prawidłowo i nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewykonanie czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 2 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 17/17), uwzględnionym częściowo przez Zamawiającego w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Rzeczywiście, Zamawiający, powtarzając czynność badania i oceny ofert, powtórnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, jednak odrzucenie to nastąpiło w oparciu o inną podstawę faktyczną, tj. inną stwierdzoną niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Pierwsze odrzucenie oferty odnosiło się bowiem do liczby rdzeni w zaoferowanych procesorach (Zamawiający wymagał min. 2 procesorów 22-rdzeniowych, a Odwołujący zaoferował 4 procesory 24-rdzeniowe), natomiast drugie odrzucenie oferty, liczby zaoferowanych licencji. Licencje te co prawda oferowane były w systemie „per core”, jednak odnosiły się do zwiększonej liczby rdzeni zaoferowanych przez Odwołującego. (*Notabene* – gdyby zaoferowane rozwiązanie równoważne wymagało od Zamawiającego uruchomienia większej liczby rdzeni, niż zakładał, to oczywiste jest, że wykonawca w ramach tego rozwiązania równoważnego powinien był zaoferować taką liczbę licencji, która pozwalałaby na legalne użytkowanie tych rdzeni; gdyby bowiem Zamawiający musiał we własnym zakresie dokupić dodatkowe licencje, rozwiązanie to nie byłoby porównywalne. Jednak, jak wyjaśnił Zamawiający, w zakupowanym sprzęcie nie musiałby uruchomić wszystkich rdzeni, dlatego sytuacja taka w niniejszym postępowaniu nie zaistniała).

Jak wskazuje sama nazwa: „powtórne badanie oferty”, czy „czynność ponownego badania i oceny ofert” – zamawiający w ramach tej czynności ponownie bada ofertę i ewentualnie ją ocenia według kryteriów oceny ofert. Tym samym uzyskuje wynik tego badania i w zależności od okoliczności może być on taki sam jak uprzednio albo odmienny/częściowo odmienny, przy czym wynik odmienny może wynikać z okoliczności, które były wcześniej wskazywane, np. w odwołaniu albo z okoliczności, które zamawiający dopiero zauważył lub wskazał.

Nie ma więc podstaw formalnych twierdzenie Odwołującego, że ponowne badanie ofert – poza zakres wynikający z wcześniejszego odwołania – i otrzymanie ponownego, odmiennego wyniku badania ofert jest niedopuszczalne. Tym bardziej, że celem postępowania przetargowego jest otrzymanie jego prawidłowego wyniku, czyli m.in. akceptacja ofert prawidłowych i odrzucenie ofert podlegających odrzuceniu, zatem zamawiający nie powinni pomijać zauważonego w trakcie postępowania błędu.

Oczywiście, zamawiający z założenia wszystkie istniejące wady ofert i podstawy ich odrzucenia powinien zauważyć przy pierwszym badaniu i wskazać je wykonawcom – co pozwala na koncentrację czynności w postępowaniu, jak i na pełne rozeznanie się wykonawcom w ich sytuacji (np. czy celowe jest wniesienie odwołania). Jednak praktyka uczy, iż nie zawsze jest to możliwe i nie zawsze tak się dzieje, w szczególności przy obszernych i skomplikowanych ofertach.

Izba uznała również, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego wadliwe zastosowanie oraz odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, przewidział on zakup licencji dla oprogramowania replikacyjnego do obsługi 56 rdzeni: 48 (44+4) dla dwóch posiadanych zewnętrznych baz danych oraz 8 dla nowo tworzonej Zintegrowanej Platformy Bazodanowej. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający podał konkretną nazwę oprogramowania: O.G.G. (dopuszczając rozwiązanie równoważne), wskazując na zakup 44 licencji O.G.G.. Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, skąd w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pojawiła się rozbieżność pomiędzy 56 rdzeniami a 44 licencjami – wytłumaczył to posiadaną umową licencyjną z firmą O. ze wskaźnikiem licencjonowania licencji O. 0,75 (Odwołujący wskazywał, że ogólne zasady licencjonowania przyjmują ten wskaźnik dla IBM Power 7 i IBM Power 8 na poziomie 1).

Zamawiający co prawda nie przedstawił bezpośredniego dowodu na tę okoliczność, poza kserokopią pisma firmy O. P. Sp. z o.o., w którym firma ta wyraża akceptację metody obliczenia liczby licencji, nie wskazując jednak, o jakie konkretne obliczenia chodzi. Jednak zdaniem Izby wskazanie takiej właśnie liczby w specyfikacji istotnych warunków zamówienia świadczy o tym, że takie były założenia Zamawiającego (Izba przyjmuje, że Zamawiający prawidłowo tę liczbę obliczył na etapie przygotowywania postępowania, a nawet gdyby obliczenia były nieprawidłowe pod względem zobowiązań wobec firmy O., to w każdym razie jest to liczba poprawna z punktu widzenia założeń specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli zamówiona).

Jednak liczba ta (44) dotyczy wyłącznie licencji O.G.G. i tylko do licencji O.G.G. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnosił tę liczbę.

Należy zwrócić uwagę, że w sporządzonych dokumentach (np. poz. 8 tabeli zał. nr 1 do SIWZ „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia”, czy § 1 wzoru umowy) Zamawiający wskazywał na 44 sztuki licencji O.G.G., a nie na 44 sztuki licencji „O.G.G. lub równoważnych” – w tym przypadku wykonawca rzeczywiście mógłby założyć, że ma zaoferować 44 licencje niezależnie od tego które (jeśli pominąć wymóg wskazujący na

konieczność zaoferowania takiej liczby licencji równoważnych, która byłaby właściwa i legalna dla oferowanego rozwiązania).

Zamawiający, niestety, nie wytłumaczył wykonawcom w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu obliczenia takiej właśnie liczby licencji i nie podał własnego wskaźnika licencjonowania licencji O., co byłoby wskazane. Jednak w ocenie Izby nie jest to wada powodująca konieczność unieważnienia postępowania na podstawie dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Po pierwsze bowiem Zamawiający rzeczywiście – jak podnosił podczas rozprawy – wskazał liczbę rdzeni (ww. 44 + 4 + 8), która to liczba powinna była zastanowić wykonawców pod względem rozbieżności z liczbą licencji. Opis ten został zawarty m.in. w punkcie III „Opis przedmiotu zamówienia” ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym rozwiązań równoważnych (w szczególności ostatnie zdanie): „Ponadto ilość licencji dostarczonych przez Wykonawcę na Zintegrowaną Platformę Bazodanową musi spełniać wymogi zasad licencjonowania firmy O.. Posiadane przez Zamawiającego licencje przeznaczone na Zintegrowaną Platformę Bazodanową: O. D.E.E. 3 sztuki, O.R.A.C. 3 sztuki i O.P. 3 sztuki. Licencje O.G.G. będą obejmowały Zintegrowaną Platformę Bazodanową i dwie bazy zewnętrzne pracujące odpowiednio na 4 i 44 rdzeniach IBM Power 7”. Po drugie – co nie było sporne – oferta Odwołującego, nawet gdyby nie została odrzucona, nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą bez eliminacji z postępowania ofert B. S.A. i S. S.A.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty B. S.A. jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu

Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych („Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert”) nie ma tu zastosowania, dotyczy bowiem złożenia oferty przez wykonawcę niezaproszonego w procedurach, w których wykonawcy dostają indywidualne, imienne zaproszenia do składania ofert (np. zapytanie o cenę, przetarg ograniczony, negocjacje bez ogłoszenia) i w których takiego zaproszenia nie otrzymują m.in. wykonawcy, których wcześniej wykluczono z udziału w postępowaniu (np. przetarg ograniczony). Natomiast w przetargu nieograniczonym zaproszenie takie jest kierowane publicznie do nieograniczonej liczby zainteresowanych, a ewentualne wykluczenie z postępowania następuje dopiero po złożeniu oferty. Podobnie zresztą wskazany art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych w swojej dyspozycji w jednym ciągu kumuluje sytuacje występujące w różnych trybach postępowania.

Pewnym odpowiednikiem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych co do skutku jest art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych („Ofertę wykonawcy

wykluczonego uznaje się za odrzuconą”), mający zastosowanie również w przetargu nieograniczonym, z tą różnicą, że nie wymaga on dokonywania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zarzut ten dotyczy niespełnienia wymogu wykazania, że wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał/wykonywał dostawę/dostawy serwerów wraz z macierzami dyskowymi o łącznej wartości nie mniejszej niż 3.000.000 PLN, z zastrzeżeniem, że łączna wartość dostawy serwerów wraz z macierzami dyskowymi została dostarczona w ramach maksymalnie dwóch umów/zleceń/zamówień.

W ocenie Odwołującego usługa wskazana w części IV sekcji C JEDZ, wykonywana na rzecz P.U.W., nie spełnia wymagań Zamawiającego dotyczących wartości usługi, gdyż w części dotyczącej dostawy serwerów i macierzy opiewa na kwotę 2.274.714,40 zł brutto, co jest kwotą niższą niż wymagana przez Zamawiającego wartość 3 mln zł. Kwota 29.337.700 zł wskazana w JEDZ odnosi się do całości kontraktu zawartego przez wykonawcę.

Podczas rozprawy nie było już sporne, że ww. usługa jest jedną z dwóch usług wskazanych przez B. S.A., dozwolonych warunkiem, a ich suma, podana przez tego wykonawcę, przekracza wymagane 3.000.000 zł.

Odwołujący zakwestionował wysokość kwoty 2.274.714,40 zł brutto podanej przez B. S.A. Spółka B. oświadczyła podczas rozprawy, że kwota ta dotyczy wyłącznie wartości serwerów i macierzy dostarczonych w ramach przedmiotowego kontraktu i została obliczona na podstawie wykazu przekazanego P.U.W. w celach obliczenia wartości środków trwałych.

Izba nie znalazła podstaw, by kwestionować prawdziwość tego oświadczenia Przystępującego B. S.A. Jest ono o tyle wiarygodne, że wartość całego kontraktu to ponad 29 mln złotych, zatem zadeklarowana kwota wartości serwerów i macierzy to niecałe 10% tej kwoty. Zresztą również Odwołujący nie zmierzał w kierunku czy to zarzutu, czy tym bardziej udowodnienia, że jest to nieprawdziwa informacja. (Na marginesie – kwota ta została potwierdzona dokumentem, który przedłożył Odwołujący, wystawionym przez P.U.W.. Dokument ten nie został przedstawiony przed zamknięciem rozprawy, zatem nie mógł stanowić dowodu w sprawie i nie był brany pod uwagę przy rozstrzygnięciu, dlatego Izba wskazuje na niego jedynie w ramach uwagi „na marginesie”).

Co do kwestii, kiedy konkretnie została dokonana dostawa serwerów i macierzy, to Izba wskazuje przede wszystkim, że kwestia ta nie była objęta zakresem zarzutu, który dotyczył jedynie wartości dostawy, zatem, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzec co do tego zarzutu („Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.”). Wskazuje więc jedynie na marginesie (m.in. ze względu na wniosek Odwołującego o ponowne otwarcie rozprawy), że stanowisko Zamawiającego i Przystępującego B. S.A. jest prawidłowe – w dotychczasowej wieloletniej, ustalonej i jednolitej praktyce przyjęta jest zasada, iż termin 3-letni, o którym mowa w ww. warunku, liczy się od momentu zakończenia realizacji umowy, a nie wykonywania w jej ramach poszczególnych czynności, ponieważ dopiero w tym momencie zobowiązanie jest zrealizowane. Poza tym przemawiają za tym względy praktyczne związane zarówno z ujednoczeniem sposobu obliczania tego terminu (sprzyja to przejrzystości postępowania i pewności wykonawców i zamawiających, jak liczyć termin) oraz z łatwiejszym ustaleniem i udowodnieniem daty zakończenia kontraktu niż danych czynności, które nie muszą być osobno dokumentowane, mogą następować w różnych terminach albo częściowo itd. Nie jest oczywiście wykluczone, jak przy każdej zasadzie, że w różnych okolicznościach różnych spraw, zwłaszcza brzmienia warunku udziału w postępowaniu, mogą nastąpić odstępstwa od tej zasady, ale ta sytuacja nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu.

Po zamknięciu rozprawy Odwołujący złożył wniosek o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy powołując się na uzyskanie do P.U.W. pisma z danymi dotyczącymi realizacji przez B. S.A. kwestionowanego kontraktu. Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Izba jednak, z wyżej wskazanych powodów, takich okoliczności nie stwierdziła, a ww. pismo nie ujawniło okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania.

Co do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenie informacji, dokumentów i oświadczeń złożonych przez B. S.A. dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba stwierdziła, że zarzut jest słuszny i Zamawiający postąpił nieprawidłowo uznając zastrzeżenie dokonane przez B. S.A. za poprawne.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. 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.

Jedną z kluczowych zasad zamówień publicznych jest ich jawność, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym narzędzie budowania zaufania do systemu zamówień publicznych, jaki i działania państwa. Znalazła ona swój wyraz w przepisach art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 8 ust. 1 i 2 stanowią bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (nowo dodany ust. 2a jest tu nieistotny). Ustęp 3. art. 8 wskazuje w dalszej kolejności, iż „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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.” Pomimo braku takiego wskazania w ww. przepisie te same zasady *per analogiam* stosuje się także do innych niż oferta i wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumentów składanych przez wykonawców.

To, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie; zależy to od ich treści i znaczenia, a także, z przyczyn formalnych, czy taka tajemnica została zastrzeżona i czy została zastrzeżona prawidłowo.

Ustawodawca, chcąc ukrócić nadmierne i nieuzasadnione zastrzeganie przez wykonawców wszelkich informacji, które nie mają przymiotu tajemnicy, wskazał w ww. przepisie, że samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić – i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać” – iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że Przystępujący B. S.A. nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a przedstawione uzasadnienie zawarte w załączonym do oferty piśmie z 29 listopada 2016 r., na które powołał się Zamawiający, w ocenie Izby nie wykazuje istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i zawiera jedynie ogólnikowe i sztapkowe stwierdzenia, którymi posługuje się ogół wykonawców w takich przypadkach, a których nie można uznać za „wykazanie” wystąpienia tajemnicy przedsiębiorstwa w badanym obecnie przypadku. Z doświadczenia Izby wynika, że wykonawcy tego typu informacje utajniają, ujawniają, omawiają itd. kiedy jest to wygodne dla ich sytuacji w postępowaniu przetargowym czy też postępowaniu odwoławczym. Oznacza to, że, pomimo dokonanych zastrzeżeń, przedmiotowe informacje nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, która powinna mieć jednak wymiar bardziej obiektywny.

Argumentem uzasadniającym istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być jedynie wskazanie, że dany przedsiębiorca jest podmiotem prywatnym w związku z tym „życzy

sobie” zastrzec pewne informacje. Każdy podmiot – decydując się na występowanie w sferze publicznej – musi liczyć się z tym, że wiąże się to z pewną transparentnością i obowiązkiem informacyjnym, które nie są wymagane w obrocie prywatnym.

Należy zauważyć i podkreślić, że JEDZ to formularz urzędowy, dokument przygotowany przez ustawodawcę, do którego wypełnienia i złożenia zobowiązani są wszyscy wykonawcy, zawierający wymagane przez ustawodawcę informacje dotyczące wykonawców, ich podwykonawców i podmiotów, na których potencjał się powołują. Należy zatem przyjąć, że z założenia zawiera on informacje, które powinny być zdaniem ustawodawcy jawne i dostępne w postępowaniu (a w każdym razie nie są niejawne) – racjonalny ustawodawca bowiem nie zakładałby sporządzania tego typu dokumentu z informacjami o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa czy innej informacji prawnie chronionej.

Jednak, pomimo że zarzut ten potwierdził się, Izba, biorąc pod uwagę dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych („Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.”), nie uwzględniła odwołania, ponieważ w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie stwierdziła potencjalnego, istotnego wpływu tego uchybienia na wynik postępowania. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż obecnie nie ma już proceduralnych przeszkód do podpisania przez Zamawiającego umowy z wybranym wykonawcą, a jego ofercie nie zarzucono konkretnych wad, do których odnosiłyby się te nieujawnione dotąd dokumenty. Z kolei sama możliwość wystąpienia sytuacji, w której konkurujący wykonawca być może doszuka się w ujawnionych dokumentach błędów, a błędy te będą tak poważne, że spowodują wykluczenia wykonawcy lub odrzucenie jego oferty, jest zbyt abstrakcyjna (np. inna jest sytuacja, w której ofercie stawia się konkretny i uprawdopodobniony zarzut wystąpienia rażąco niskiej ceny, lecz do jego ostatecznego sformułowania konieczny jest wgląd do wyjaśnień wykonawcy co do poziomu ceny po ich ujawnieniu).

Izba zwraca też uwagę, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty, a zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: