

WYROK
z dnia 7 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia, 22 maja, 5 czerwca i 6 czerwca 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę

N. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Michałowicach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Telewizję Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy **4Visions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża N. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez N. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością 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 2018 r., poz. 1986 z późn. 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

Zamawiający – Telewizja Polska S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kamer i obiektywów na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 sierpnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 59-364053. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – N. Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie części 1. zamówienia, dotyczącej dostawy 18 torów kamerowych 4K, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) wskazanych w odwołaniu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę 4Visions Sp. z o.o. sp. k., zwanego dalej „4VISIONS”, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty 4VISIONS jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24aa ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy 4VISIONS jako najkorzystniejszej, zaniechanie wezwania Odwołującego – zgodnie z punktem 10.5.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – do złożenia oświadczeń i dokumentów określonych w punkcie 10.4.2-10.4.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy 4VISIONS jako najkorzystniejszej,
2. odtajnienia (ujawnienia) i niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu dokumentów i informacji zastrzeżonych przez wykonawcę 4VISIONS jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. dokumentów i informacji stanowiących wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny z 6 lutego 2019

r. oraz z 14 marca 2019 r., a także „Uzasadnienia niejawności dalszych wyjaśnień” zamieszczonego w piśmie 4VISIONS datowanym na 6 lutego 2019 r.,

3. niezwłocznego zawiadomienia Odwołującego o dokonaniu powyższych czynności,
4. odrzucenia oferty 4VISIONS jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
5. dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert,
6. wezwania Odwołującego – zgodnie z punktem 10.5.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – do złożenia oświadczeń i dokumentów określonych w punkcie 10.4.2-10.4.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokonania wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 grudnia 2018 r., sygn. KIO 2423/18 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty 4VISIONS jako najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert połączonego z czynnością wezwania wykonawcy 4VISIONS na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. 18 grudnia 2018 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1. 26 marca 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o tym, że dokonał i zakończył weryfikację zasadności zastrzeżenia przez 4VISIONS jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień wyliczenia ceny wraz z załącznikami.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z 26 marca 2019 r., Zamawiający respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez 4VISIONS (za wyjątkiem załącznika nr 2 – dowody wykonywania dostaw sprzętu Sony) i mimo jednoznacznego ustawowego obowiązku nie udostępnił Odwołującemu zastrzeżonych dokumentów i informacji stanowiących wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny z 6 lutego 2019 r. i 14 marca 2019 r.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Odwołującego dokumenty i informacje zastrzeżone przez wykonawcę 4VISIONS nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też, zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego

z 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, Zamawiający winien je odtajnić. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie w jaskrawy sposób narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Z literalnego brzmienia ww. przepisu wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak ww. wykazania powoduje natomiast, że zastrzeżenie jest bezskuteczne, a informacje powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego. Zasada jednoczesnego wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązuje także w przypadku zastrzegania dokumentów składanych na późniejszym etapie postępowania, np. wyjaśnień ceny. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania przez wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie tylko uzasadnienia. W konsekwencji rolą zamawiającego jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek „wykazania” oznacza więcej niż wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa – wykonawca ma obowiązek udowodnić, przedkładając w tym celu odpowiednie dowody, że dana informacja zasługuje na ochronę.

W piśmie z 6 lutego 2019 r. oraz z 14 marca 2019 r. wykonawca 4VISIONS zawarł zdawkowe uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie trzy pierwsze strony tego pisma, a nie udostępnił nawet pełnego „Uzasadnienia niejawności dalszych wyjaśnień”, jedynie trzy pierwsze wiersze uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy (od słów „Zaznaczamy, że niniejsze wyjaśnienia...” do słów „może zagrażać pozycji wykonawcy na rynku dostaw”). Utrzymywanie przez Zamawiającego jako tajemnicy samego uzasadnienia zastrzeżenia informacji wskazanych w piśmie z 6 lutego 2019 r. uznać należy za działanie sprzeczne z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący bez lektury tego uzasadnienia nie jest w stanie zweryfikować prawidłowości działania wykonawcy 4VISIONS i ustalić, czy rzeczywiście zastrzeżone w piśmie informacje spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie pisma z 14 marca 2019 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jednak w uzasadnieniu tym 4VISIONS ograniczył

się do ogólników, wręcz frazesów, natomiast nie uzasadnił, a tym bardziej nie wykazał, dlaczego „zaprezentowane informacje posiadają wartość gospodarczą”, a ich rozpowszechnianie „może zagrażać pozycji wykonawcy na rynku dostaw sprzętu telewizyjnego”. Uzasadnienie to składa się z kilkunastu linijek tekstu, bowiem pozostała jego część stanowi cytata z orzeczenia Izby. 4VISIONS nie wyjaśnił nawet, czy zastrzeżone przez niego informacje to informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne przedsiębiorstwa. Tymczasem, jak się podkreśla w orzecznictwie KIO, tajemnica przedsiębiorstwa musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna, może być dla wykonawcy źródłem jakiś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (tak np. w wyroku KIO 783/18).

4VISIONS do pierwszych wyjaśnień załączył kopię zobowiązania do zachowania poufności oraz wyciąg z regulaminu pracy, jednak Odwołujący nie ma dostępu do tych załączników i nie jest w stanie ocenić ich wiarygodności i mocy dowodowej. Wykonawca nie przedstawił w wyjaśnieniach żadnych dowodów na okoliczność, że jego relacje z dostawcami są faktycznie poufne, w szczególności nie wykazał, że faktycznie poufność tę zabezpieczył za pomocą odpowiednich klauzul umownych. Wykonawca ograniczył się wyłącznie do zdawkowych i gołosłownych twierdzeń i zapewnień, mimo że przynajmniej część okoliczności mających uzasadniać dokonane zastrzeżenie można było bez trudu wykazać przedstawiając odpowiednie dowody, np. istnienie odpowiednich klauzul umownych dotyczących uzyskiwanych rabatów, kanałów dostępu do dostaw, ustaleń odnośnie sposobu realizacji dostaw. Jakkolwiek samo zawarcie umowy o zachowaniu poufności nie dowodzi istnienia przesłanki posiadania wartości gospodarczej przez informacje zastrzeżone.

W ocenie Odwołującego faktycznym powodem zastrzeżenia przez wykonawcę 4VISIONS ww. dokumentów i informacji nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym Odwołującemu, weryfikacji złożonych wyjaśnień, jak i samej oferty, pod kątem rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podkreślił też, że jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzega się konkretne informacje, a nie dokumenty.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z 5 marca 2019 r., jedynym z elementów wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa była specyfikacja asortymentowa wraz z cenami zaoferowanych przez 4VISIONS urządzeń (załącznik nr 1 do wyjaśnień z 6 lutego 2019 r.). Informacje zawierające specyfikację (producent, model) oraz ceny zaoferowanych przez 4VISIONS w niniejszym postępowaniu urządzeń są znane i ujawnione do wiadomości publicznej, bowiem „Specyfikacja cenowa” złożona Zamawiającemu przez 4VISIONS znajduje się w aktach postępowania przetargowego i została udostępniona Odwołującemu 5 grudnia 2018 r. jako załącznik do odpowiedzi na odwołanie. Zatem brak jest podstaw po

stronie 4VISIONS oraz Zamawiającego do utajniania i odmowy udostępnienia Odwołującemu załącznika nr 1 do wyjaśnień 4VISIONS z 6 lutego 2019 r., bowiem jego treść w większości stanowi zapewne powielenie informacji zamieszczonych już w „Specyfikacji cenowej” z 26 listopada 2018 r. Zatem załącznik nr 1 powinien zostać ujawniony, a zastrzeżone (nieujawnione) mogą pozostać co najwyżej te zamieszczone w nim informacje, które nie zostały ujawnione w „Specyfikacji cenowej”.

Stosownie do postanowień punktu 17.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezwłocznie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy z Zamawiającym, wykonawca, którego ofertę wybrano, zobowiązany jest, bez wezwania, przedłożyć Zamawiającemu „Specyfikację cenową” zgodną w treści z załącznikiem nr 2 do wzoru umowy. Urządzenia wyspecyfikowane w „Specyfikacji cenowej” muszą odpowiadać wymogom określonym w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do wzoru umowy.

Z treści tego dokumentu wynika, że przedmiotem oferty złożonej przez wykonawcę 4VISIONS w części 1. zamówienia jest sprzęt marki SONY, m.in. kamera HDC-3500 + HZC-PRV50 oraz stacja bazowa HDCU-3100 + HKCU-UHD30, 18 kompletów.

Wymienne stosowanie nazewnictwa 4K oraz UHD nie jest przypadkowe. Na rynku funkcjonują bowiem produkty z działu filmowego oraz z działu broadcast (TV). W obydwu tych przypadkach rozdzielczość 4K zdefiniowana jest inaczej. W dziale filmowym format 4K to rozdzielczość 4096x2160, natomiast w dziale broadcast format 4K – UHD to rozdzielczość 3840x2160. Mówiąc o formacie 4K niejednokrotnie zapomina się literalnym traktowaniu opisu UHD i używa się nazewnictwa 4K.

Instrukcje obsługi urządzenia są wyznacznikiem parametrów technicznych i jego technicznych możliwości. Aktualnie dostępna instrukcja obsługi jest jedynym i niepodważalnym dokumentem wydawanym przez producenta sprzętu czy oprogramowania.

Zaoferowany przez 4VISIONS ww. sprzęt marki SONY nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze, kamera HDC-3500 nie jest kamerą 4K.

W punkcie 1.2 lit. f) opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wyspecyfikował wymagania szczegółowe dla kamery: praca kamery w formatach HD 1080i, HD1080p i UHD.

Zdaniem Odwołującego kamera HDC-3500 nie jest w istocie kamerą 4K, bowiem posiada wyłącznie tryb pracy HD, nie spełnia zatem wymogu pracy w formacie UHD (rozdzielczość 3840x2160). Okoliczność ta wynika wprost z instrukcji obsługi kamery Sony HDC-3500, zamieszczonej pod adresem <https://pro.sony/s3/2019/02/08032225/4745630111.pdf> (wersja 4-745-630-11 (1)), gdzie na stronie 3. wyraźnie wskazano dostępne formaty pracy kamery:

„Supported Formats. The unit supports 1080-59.94i, 1080-50i, 720-59.94P, and 720-50P formats as standard. (When an HKC-TR37 is attached to the unit, 1080-59.94P and 1080-50P formats are supported as standard.). You can extend the formats that are supported by installing the following camera operating software (option). For details, contact a Sony service or sales representative.”, co oznacza: Wspierane formaty. Urządzenie wspiera formaty 1080-59.94i, 1080-50i, 720-59.94P i 720-50P w standardzie. (Kiedy opcja HCK-TR37 jest zainstalowana w urządzeniu, formaty 1080-59.94P i 1080-50P są wspierane w standardzie.) Można rozszerzyć formaty obsługiwane przez zainstalowanie następującego oprogramowania do obsługi kamery (opcja). Aby uzyskać szczegółowe informacje, skontaktuj się z serwisem Sony lub przedstawicielem handlowym.

Camera operating software	Extended formats
HZC-PRV50/PRV50M/PRV50W	1080-59.94P 1080-50P
HZC-PSF50/PSF50M/PSF50W	1080-24PsF 1080-23.98PsF 1080-25PsF 1080-29.97PsF

Nie ulega wątpliwości, że kamera ta może pracować tylko w formatach HD, nie może zaś pracować w formacie UHD, tj. 2160/50p. W żadnym miejscu aktualnej i oficjalnej instrukcji obsługi przygotowanej przez producenta Sony nie ma informacji, iż kamera posiada możliwość pracy w trybie UHD. W świetle instrukcji obsługi nie istnieją możliwości zmiany nastawów software'owych, jak i mechaniczno-elektrycznych, umożliwiających uzyskanie pracy w formacie UHD.

Po drugie, przetwornik kamery HDC-3500 nie jest przetwornikiem 4K/UHD (zarzut ten został wycofany przez Odwołującego, zatem został pominięty).

Po trzecie, stacja bazowa HDCU-3100 nie posiada trybu pracy 4K.

W punkcie 1.3 lit. a) i c) opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał wymagania dla stacji bazowej: praca (przyjęcie sygnału z kamery) w formatach HD 1080i, HD1080p i UHD oraz co najmniej 6 wyjść przełączalnych sygnału 3G/HD-SDI, z czego 4 z nich pracujące także po wyborze trybu w standardzie UHD (4 x 3G-SDI).

Według Odwołującego stacja bazowa HDCU-3100 nie posiada trybu pracy 4K/UHD. Stacja bazowa może pracować wyłącznie w formatach HD 1080i oraz HD1080p, co wynika wprost z instrukcji obsługi stacji bazowej Sony HDCU-3100, zamieszczonej pod adresem <https://pro.sony/s3/2019/02/12052552/4738876121.pdf> (wersja 4-738-876-12 (1)), strona 18:

Odwołujący wskazał również na znaczącą różnicę w opisie i instrukcjach obsługi stacji bazowych modeli 4300 i 3100 (poniżej tłumaczenie):

Jak wynika z instrukcji obsługi, stacja bazowa HDCU3100 łączy się z kamerą kolorową HDC3500, kamerą kolorową światłowodową HDC3100 lub HDC2000-series lub kamerą kolorową HD HSC300RF/100RF, za pomocą kabla światłowodowego i wykonuje przetwarzanie sygnału, zapewnia interfejs z zewnętrznym sprzętem i zasilanie kamery.

Stacja bazowa HDCU3170 łączy się z urządzeniem HDC3500 Color Camera lub kamerą kolorową Triax HDC3170, z kablem triax i realizuje przetwarzanie sygnału, zapewnia interfejs z zewnętrznym sprzętem i zasilanie kamery.

Urządzenie jest wyposażone w konwerter umożliwiający konwersję sygnałów HD przeniesione z kamery na sygnały SD i up-konwerter do konwersji sygnałów SD na sygnały HD, które dają jednostce elastyczność działania z systemami kamer zarówno SD, jak i HD.

Urządzenie można połączyć z panelem zdalnego sterowania (opcjonalny) serii RCP-1500/1000 do sterowania kamerą. Ponadto, łącząc jednostkę z MSU-1000/1500 Master Setup Unit (opcjonalnie), możesz utworzyć system umożliwiający sterowanie wieloma kamerami. Obsługa w systemie transmisji IP jest również obsługiwana przez zainstalowanie zestawu interfejsu HKCU-SFP30 ST-2110 (opcja) do HDCU3100/HDCU3170. Połączenie z kamerami Sony obsługującymi światłowód – obsługiwana jest również transmisja przez kabel światłowodowy jednomodowy podłączając złącze światłowodowe jednomodowe HKCU-SM30 (opcjonalnie). Ponadto instalując opcjonalny zestaw połączenia światłowodowego HKCU-FB30, HDCU3170 może obsługiwać transmisję zarówno poprzez światłowód, jak i triax.

1) Seria HDC2000: HDC2000/2580/2500/2400/1700

2) Mocowanie opcjonalnego adaptera transmisji HKC-TR37 Triax i wymagany jest zestaw do mocowania panelu bocznego HKC-CN50.

3) Sygnały HD (wysokiej rozdzielczości): ogólna nazwa dla linii 1125/750 Sygnały HDTV.

4) Sygnały SD (standardowa rozdzielczość): Nazwa ogólna dla NTSC/PAL sygnały, sygnały komponentowe 525/625 i kompozyt 525/625.

Stacja bazowa HDCU4300 łączy się z kamerą kolorową HDC4300 lub kamerą wielozadaniową HDC-P43 poprzez kabel światłowodowy i przetwarza sygnały wideo z kamery i zapewnia interfejs z urządzeniami zewnętrznymi.

Podłączenie kamery ułatwia filmowanie 4K lub szybkoramkowe nagrywanie wideo HD. Wideo HD i SD w normalnej prędkości może być wyprowadzane jednocześnie w trybie pracy 4K i w trybie pracy szybkoklatkowym HD. Instalując interfejs HKCU-IP43F urządzenie może wysyłać sygnały wideo i sygnały audio jako IP. Wyjście 12G-SDI lub wyjście 6G-SDI jest również obsługiwane przez zainstalowanie w urządzeniu zestawu rozszerzeń HKCU-4002 12G-SDI.

Z powyższego zestawienia wynika, że opis możliwości stacji bazowych jest dokładny i jednoznaczny. W przeciwieństwie do wyższej klasy sprzętu Sony HDCU-4300, stacja bazowa oferowana przez wykonawcę 4VISIONS, tj. Sony HDCU-3100, nie ma możliwości pracy w trybie 4K (UHD).

Po czwarte, brak możliwości skonfigurowania wyjść stacji bazowej w tryb 4K (zarzut ten został wycofany przez Odwołującego, zatem został pominięty).

Po piąte, dedykowany kabel wielożyłowy nie spełnia wymagania co do jego długości.

Zamawiający w punkcie 1.4 lit. c) opisu przedmiotu zamówienia określił wymagania szczegółowe dla pulpitu zdalnego sterowania: połączenie ze stacją bazową (CCU) dedykowanym kablem wielożyłowym o długości mieszczącej się w granicach od 2 do 3 metrów lub poprzez sieć Ethernet.

Ze złożonej przez 4VISIONS „Specyfikacji cenowej” oferowanego sprzętu, pozycje 1.6, 2.6, 3.6 i 4.6 wynika, że wykonawca ten zaoferował kabel sterujący CCU/RCP Sony CCA-5-10. Kabel ten ma długość 10 metrów, co nie spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym dedykowany kabel ma posiadać długość od 2 do 3 metrów. Sony posiada w swojej ofercie handlowej kabel sterujący spełniający wymagania opisu przedmiotu zamówienia, o długości 3 metrów, tj. Sony CCA-5-3.

Zdaniem Odwołującego również używane przez producenta Sony nazewnictwo produktów wskazuje na zaoferowanie przez 4VISIONS torów kamerowych HD. Nazewnictwo torów kamerowych Sony grupowane jest według rodzin sprzętowych oraz klasy sprzętowej. Cyfra 3 jako pierwsza w nazwie produktu wskazuje na tor kamerowy HD, np. HDC-3100, HDC-3170. Tory kamerowe z cyfrą 2 oraz 1 jako pierwszą w nazwie wskazują, że są to tory kamerowe wcześniejszej generacji, mogące pracować w trybach HD lub SD. Natomiast tory kamerowe pracujące w formacie 4K posiadają cyfrę 4 jako pierwszą w nazwie produktu: np. HDC-4300 oraz HDC-4800. Zatem także sposób oznaczania przez samego producenta kamer oraz sprzętu towarzyszącego dowodzi, że zaoferowany przez 4VISIONS sprzęt nie spełnia wymagań co do żądanego przez Zamawiającego trybu 4K.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24aa ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy 4VISIONS jako najkorzystniejszej, zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów określonych w punktach 10.4.2-10.4.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej jest konsekwencją zarzutów opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1

ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ oferta wykonawcy 4VISIONS powinna zostać odrzucona jako nieodpowiadająca wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako najkorzystniejszą ofertę w zakresie części 1. zamówienia Zamawiający winien wybrać ofertę Odwołującego, po uprzednim zastosowaniu tzw. procedury odwróconej, zgodnie z art. 24aa ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, pozostawienie zarzutów odnoszących się wprost do „Specyfikacji cenowej” bez rozpoznania jako zarzutów spóźnionych i zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania wywołanych wniesieniem odwołania.

Co do zarzutu nieujawnienia zastrzeżonych przez 4VISIONS informacji w „Uzasadnieniu niejawności dalszych wyjaśnień” – opisany przez Odwołującego stan rzeczy różni się ze stanem faktycznym. Odwołujący 18 lutego 2019 r. dokonał wglądu do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych pismem z 6 lutego 2019 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu do wglądu przedmiotowe wyjaśnienia w zakresie pierwszych pięciu stron, w tym pełną treść „Uzasadnienia niejawności dalszych wyjaśnień”.

Pismem z 19 lutego 2019 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie i udostępnienie dokumentów, jednak nie odniósł się do zarzucanego obecnie nieudostępnienia pełnego „Uzasadnienia niejawności dalszych wyjaśnień”, a jak wynika z treści samego wniosku, Odwołujący był w posiadaniu pełnej treści „Uzasadnienia niejawności dalszych wyjaśnień”. Wynika to z treści drugiego i trzeciego akapitu na trzeciej stronie wniosku, gdzie Odwołujący wskazuje, że „większość uzasadnienia stanowią cytaty w orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej” oraz „wykonawca 4Visions sp. z o.o. sp. k. powołuje się w treści pisma na zobowiązanie do zachowania poufności po stronie wykonawcy oraz regulamin pracy nakładający na pracowników obowiązek zachowania poufności”. Bez znajomości pełnej treści uzasadnienia nie byłoby możliwe przygotowanie przez Odwołującego wniosku o treści, jaka została przedłożona Zamawiającemu.

Tym samym zarzut ten należy uznać za bezprzedmiotowy.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzut nieujawnienia pism z 6 lutego i 14 marca 2019 r. dotyczy jedynie zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowiących

wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, ewentualne stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy nie powinno skutkować uwzględnieniem odwołania. Wynika to z przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Wskazany termin jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu. Niedochowanie terminu na wniesienie odwołania nie będzie zatem podlegało konwalidacji i skutkować będzie odrzuceniem odwołania, bowiem ewentualne naruszenie pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący w terminie 10 dni od przekazania mu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wniósł odwołanie na wybór oferty Przystępującego. Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, które to przepisy zobowiązują Zamawiającego do odrzucenia oferty w przypadku, w którym oferta zawiera rażąco niską cenę albo wykonawca nie udzielił wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub jeżeli dokonana ocena tych wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zatem nawet w sytuacji, w której KIO stwierdziłaby naruszenie przepisów w zakresie zaniechania ujawnienia informacji, Odwołujący nie mógłby wnieść skutecznie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem termin na dokonanie tej czynności upłynął. Odwołujący dysponował „Specyfikacją cenową” z 26 listopada 2019 r. oraz ofertą Przystępującego zawierającą cenę za realizację zamówienia i miał możliwość skutecznego postawienia zarzutu ewentualnego lub zarzutu uprawdopodobnionego w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nawet w sytuacji, w której Zamawiający uznał, że Przystępujący prawidłowo zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje przekazane w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny, bowiem Izba posiadałaby wszelkie instrumenty, w tym wgląd do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, do oceny zasadności takich zarzutów i wydania orzeczenia w ww. kwestii.

Ponadto Odwołujący wniósł odwołanie sygn. KIO 2423/18, w którym postawił zarzuty w zakresie rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego z żądaniem zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący, posiadając jedynie wiedzę w zakresie łącznej ceny oferty Przystępującego, wówczas bez znajomości „Specyfikacji cenowej” był w stanie skonstruować zarzuty, a Izba odwołanie uwzględniła. Bezsprzecznie zatem Odwołujący w dwóch odwołaniach wniesionych w tym samym postępowaniu sam sobie przeczy, raz formułując zarzuty w zakresie rażąco niskiej ceny, by następnie twierdzić, że uniemożliwia mu się formułowanie takich zarzutów. Ewentualne stwierdzenie przez Izbę naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie

będzie więc miało istotnego wpływu na wynik postępowania, bowiem informacje te dotyczą wyłącznie kwestii związanych z wyjaśnieniami ceny, a w odwołaniu brak jest zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny, zaś termin na wniesienie odwołania obejmującego zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny upłynął.

W świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych rolą wykonawcy w postępowaniu jest zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że owe informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, natomiast rola zamawiającego sprowadza się do oceny prawidłowości dokonanych czynności, tj. zastrzeżenia danych informacji oraz wykazania, że stanowią one tajemnicę.

Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny wraz z przedłożonymi dowodami. W uzasadnieniu niejawności wyjaśnień wskazał okoliczności, na podstawie których dokonał przedmiotowego zastrzeżenia, które wyczerpują przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał między innymi, że: zastrzeżone informacje „(...) posiadają wartość gospodarczą, gdyż ich rozpowszechnianie może zagrażać pozycji wykonawcy na rynku dostaw sprzętu telewizyjnego”, a „dostęp do przedstawionych informacji jest ograniczony po stronie wykonawcy do wąskiej grupy osób”, a osoby te „zobowiązane są do zachowania poufności”. W ramach przedstawionych dowodów na zasadność zastrzeżenia informacji Przystępujący przedłożył m.in. kopie zobowiązań swoich pracowników do zachowania poufności oraz kopię regulaminu pracy nakładającego na pracowników Przystępującego obowiązek zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający dokonał oceny przedłożonych dokumentów i w oparciu o uzasadnienie niejawności wyjaśnień oraz treść samych dokumentów ocenił, że poczynione zastrzeżenie w stosunku do załącznika nr 2 – dowody wykonywania dostaw sprzętu Sony – nie spełnia wymogów określonych w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W zakresie wyjaśnień wraz z pozostałymi dowodami Zamawiający nie stwierdził, aby ich zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa naruszało przepisy art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący dokonał zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób zgodny z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący nietrafnie podnosi, że kopie zobowiązań do zachowania poufności oraz wyciąg z regulaminu pracy nic nie wnoszą do sprawy, stanowią bowiem dowód na okoliczność, że Przystępujący chroni informacje wrażliwe, jakimi są wyjaśnienia wyliczenia ceny wraz

z dowodami, co przeczy zawartej w odwołaniu tezie, jakoby Przystępujący nie wykazał należycie zastrzeżenia wyjaśnień obliczenia ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie miał wątpliwości, że wyjaśnienia zawierają informacje prezentujące wartość gospodarczą, nieujawnione przez Przystępującego do wiadomości publicznej, co do których Przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Spełnione zatem zostały wszystkie elementy, o których mówi art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wyjaśnienia zawierają konkretne wartości, w tym marże oraz koszty, których ujawnienie mogłoby w sposób oczywisty narazić Przystępującego na straty. Zamawiający wziął również pod uwagę orzecznictwo KIO, zgodnie z którym „kalkulacja ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku”. Dlatego też powszechną i nie budzącą wątpliwości praktyką w sytuacjach tego rodzaju jest utajnianie wyjaśnień w sprawie podstaw skalkulowania ceny oferty, bowiem wartość gospodarcza takich informacji jest niewątpliwa. Ponadto przedstawione wyjaśnienia, w tym dowody, zawierały informacje organizacyjne przedsiębiorstwa Przystępującego, których charakter wskazuje na zasadność objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie sprostął wykazaniu, że należało prezentowane informacje odtajnić. Równie nieudowodnione jest twierdzenie, że „faktycznym powodem zastrzeżenia (...) nie była chęć i ochrona informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji (...), weryfikacji złożonych wyjaśnień jak i samej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny”. To na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia stawianych w odwołaniu tez, któremu to ciężarowi Odwołujący nie sprostął, twierdząc gołosłownie, jakoby Przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w celu nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji dostępu do wyjaśnień w zakresie obliczenia ceny jego oferty. W ocenie Zamawiającego celem zastrzeżenia zawartych w wyjaśnieniach informacji nie było uniemożliwienie Odwołującemu weryfikacji ich prawidłowości, albowiem brak tych danych nie uniemożliwiał Odwołującemu sformułowania zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny.

Ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa nie korzystają dokumenty (będące fizycznym nośnikiem informacji), lecz jedynie informacje zawarte w tych dokumentach. Jednakże składowe dokumenty i informacje w nich zawarte z istoty rzeczy stanowią pewną zwartą i spójną całość. O formie zastrzeżenia danych informacji zawsze decyduje wykonawca, który dokonuje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W przypadku, w którym wykonawca obejmie tajemnicą przedsiębiorstwa dany dokument, a nie część informacji zawartych w tym dokumencie, Zamawiający wydaje się nie być uprawniony do naruszania integralności takiego dokumentu. Przepis art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji traktuje o informacjach, które jako całość lub w szczególnym

zestawieniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wobec czego Zamawiający nie może przesądzać, że dane zdania czy informacje zawarte w zastrzeżonym dokumencie nie stanowią takiej tajemnicy. W ocenie Zamawiającego dokonywanie przez samego Zamawiającego „ocenzurowywania” danego dokumentu poprzez zaczerpnienie części informacji w nim zawartych i ujawnianiu pozostałych, wyrwanych z kontekstu, informacji byłoby niecelowe i mogłoby prowadzić do naruszenia zastrzeżonej przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa. Poza tym takie działanie Zamawiającego mogłoby wprowadzać w błąd Odwołującego, który otrzymałby informacje wyrwane z kontekstu i pozbawione kluczowych elementów.

Odwołujący 26 listopada 2018 r. otrzymał od Zamawiającego kopię „Specyfikacji cenowej”. Z treści tego dokumentu powziął wiadomość, że przedmiotem oferty złożonej przez Przystępującego jest wyspecyfikowany sprzęt marki Sony. Obydwie ww. okoliczności zostały przyznane przez Odwołującego w treści odwołania.

Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, zatem odwołanie dotyczące „Specyfikacji cenowej” powinno zostać wniesione najpóźniej 6 grudnia 2018 r. Odwołujący 6 grudnia 2018 r. złożył odwołanie na treść „Specyfikacji cenowej”, które następnie zostało cofnięte w całości, a KIO 19 grudnia 2018 r. wydała postanowienie o umorzeniu postępowania (sygn. akt KIO 2518/18). Zarzuty w odwołaniu z 6 grudnia 2018 r. są zbieżne z zarzutami względem „Specyfikacji cenowej” zawartymi w niniejszym odwołaniu. W zaistniałym stanie faktycznym zarzuty dotyczące „Specyfikacji cenowej”, podniesione w niniejszym odwołaniu, winny pozostać bez rozpoznania jako spóźnione.

Odwołujący podnosi, że zaoferowany przez Przystępującego sprzęt marki Sony nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis przedmiotu zamówienia. Jako podmiot zajmujący się profesjonalnie dostawą sprzętu telewizyjnego Odwołujący zdaje sobie sprawę z nieprawdziwości tego zarzutu. Świadczy o tym choćby fakt, że w złożonym odwołaniu z 23 listopada 2018 r. sam stwierdził, że ze sprzętu marki Sony „modele serii HDC-4300 oraz HDC-3500 jako jedyne spełniają wymagania określone w treści SIWZ” (strona 7. pkt 12 akapit 2.).

Odwołujący zdaje sobie również sprawę z nieprawdziwości twierdzenia, że „instrukcja obsługi jest jedynym i niepodważalnym dokumentem wydawanym przez producenta sprzętu czy oprogramowania będącym wyznacznikiem parametrów technicznych urządzenia”. Parametry techniczne danego urządzenia wynikają przede wszystkim z jego konstrukcji,

a nie wyłącznie z dokumentów, które mogą nie zawierać bądź nie opisywać danej funkcjonalności, co nie oznacza, że taka funkcjonalność nie występuje w danym urządzeniu. Producenci sprzętu uaktualniają dokumenty związane z produkowanym sprzętem (w szczególności przy wdrażaniu kolejnych opcji urządzenia lub nowszego oprogramowania), a co za tym idzie, dokumenty nowsze zawierają uzupełnienia bądź rozwinięcie informacji zawartych w dokumentach je poprzedzających.

Zamawiający dokonał weryfikacji zaoferowanego przez Przystępującego sprzętu w oparciu o dostępne materiały producenta Sony i stwierdził, że:

1. kamera HDC-3500 wbrew twierdzeniom Odwołującego pracuje w formatach HD 1080i, HD1080p i UHD, co spełnia wymagania określone w punkcie 1.2 lit. f) opisu przedmiotu zamówienia,
2. przetwornik kamery HDC-3500 jest przetwornikiem 4K/UHD, co spełnia wymagania określone w punkcie 1.2 lit. d) opisu przedmiotu zamówienia,
3. stacja bazowa HDCU-3100 posiada tryb pracy 4K, co spełnia wymagania określone w punkcie 1.3 lit. a) i c) opisu przedmiotu zamówienia, a także, że jest możliwość skonfigurowania wyjść stacji bazowej w tryb 4K, co spełnia wymagania określone w punkcie 1.3 lit. c) opisu przedmiotu zamówienia.
4. zaoferowany pulpit zdalnego sterowania SONY RCP-1500//U posiada funkcjonalność łączności ze stacją bazową (CCU) poprzez sieć Ethernet, co jest wystarczające do uznania, że ww. pulpit zdalnego sterowania spełnia wymagania określone w punkcie 1.4 lit. c) opis przedmiotu zamówienia.

Nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, jakoby z nazewnictwa stosowanego przez producenta Sony wynikało, że Przystępujący zaoferował tory kamerowe nie spełniające wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego powyższe przypuszczenie. Obecnie Sony przedstawiło nową kamerę HDC-5500 i jest to kamera UHD, a nie np. 8K, pomimo że pierwszą cyfrą symbolu jest „5”. Kamera HDC-3500 pracuje natywnie w rozdzielczości UHD (3840x2160) z odpowiednimi opcjami, natomiast kamera HDC-3100 pracuje natywnie wyłącznie w rozdzielczości HD (1920x1080), pomimo że w obu przypadkach pierwszą cyfrą symbolu jest „3”. Powyższe przykłady dowodzą bezpodstawności podnoszonej w odwołaniu tezy jakoby pierwsza cyfra symbolu toru kamerowego SONY miała przesądzać jednoznacznie o generacji kamery (SD, HD, UHD, 4K itd.).

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24aa ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien podlegać oddaleniu jako bezzasadny.

III Stanowisko Przystępującego

Przystępujący – poparł stanowisko Zamawiającego oraz wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący podkreślił, że w wyroku KIO 2423/18 Izba, uznając zasadność zarzutu zaniechania wezwania 4VISION do złożenia wyjaśnień w sprawie wysokości zaoferowanej ceny stwierdziła, iż Przystępujący przedstawił stosowne wyjaśnienia, jednak nie zostały one poparte jakimkolwiek dowodem, czy to w postaci oferty cenowej pochodzącej ze strony SONY, czy też dokumentem potwierdzającym stosowanie strategii kursów rynkowych. Izba stwierdziła także, iż Zamawiający w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej nie posiadał szczegółowej wiedzy w zakresie konkretnych rozwiązań technicznych oferowanych przez 4VISION, stąd nie mogły być one brane pod uwagę przy ocenie, czy cena ma charakter rynkowy.

W toku postępowania wyjaśniającego 4VISION przedstawił szereg informacji oraz dowodów, w tym dowody wzmiankowane przez Izbę. Informacje zawarte w przedłożonych dowodach wraz z ich omówieniem zasadnie zostały zastrzeżone jako niejawne. Informacje, które pozwalają na ujawnienie zastosowanej przez wykonawcę metody kalkulacji ceny, kalkulacje oraz konkretne dane cenotwórcze stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. Informacje na temat kosztów pozyskania przedmiotu świadczenia (dostawy), prognozy zysku, sposobu kalkulacji cen posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podobnie jak informacje wskazujące na posiadany krąg kontrahentów, ceny, za jakie wykonawca może uzyskać dane urządzenie oraz udzielone rabaty. Zastrzeżenie szczegółowych kalkulacji cenowych, które nie były żądane przy złożeniu oferty, a przedkładanych dla dowiedzenia realności dokonanej wyceny usługi oraz ofert cenowych podwykonawców i dostawców materiałów jest powszechnie praktykowane, albowiem ma dla wykonawcy wartość gospodarczą, ujawnia jego kontakty handlowe i organizacyjne, metody działania. Samo zastrzeżenie dokonane w prawidłowy sposób stanowi dostateczny przejaw woli zainteresowanego, aby oznaczone dane nie stały się powszechnie wiadome i dostępne.

Wynegocjowane przez Przystępującego warunki współpracy z przedsiębiorstwem SONY nie są publicznie dostępne i przesądziły o możliwości złożenia atrakcyjnej cenowo oferty, mają zatem walor informacji organizacyjnych oraz technicznych przedsiębiorstwa posiadających wartość gospodarczą, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są dostępne dla takich osób. Przystępujący podjął także działania w celu utrzymania ich w poufności. Dowody w zakresie powyższych okoliczności zostały załączone do składanych wyjaśnień. Przystępujący dochował należytej staranności nie tylko w zastrzeżeniu niejawności części przekazanych informacji, ale i w uzasadnieniu, dlaczego dane informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty 4VISION jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że kwestionowanie przez wykonawców czynności ponownie dokonanych przez zamawiającego jest dopuszczalne, ale jedynie w sytuacji, gdy podstawę zarzutów stanowią okoliczności, które zaistniały w związku z powtarzaniem czynności w postępowaniu. Odwołujący mógł i powinien podnieść zarzuty wobec Przystępującego w terminie liczonym od dnia otrzymania pierwszej informacji o wyborze oferty, ponieważ czynności Zamawiającego, tj. ponowne badanie i ocena ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty, dokonane w celu wykonania wyroku KIO nie spowodowały zaistnienia nowych okoliczności, które mogły stać się podstawą do sformułowania zarzutów. Zaoferowane przez Przystępującego urządzenia opisane w „Specyfikacji cenowej” odpowiadają wymogom określonym w opisie przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zaoferowana kamera HDC-3500 jest kamerą spełniającą wymagania pracy w formatach HD 1080i, HD1080p oraz UHD; przetwornik obrazu kamery HDC-3500 jest przetwornikiem o liczbie efektywnych pikseli co najmniej 3840x2160; stacja bazowa HDCU-3100 pracuje (przyjęcie sygnału kamery) w formatach HD 1080i, HD1080p oraz UHD, a także posiada co najmniej 4 wyjścia sygnału pracujące w standardzie UHD (4x3g-SDI); wyjścia stacji bazowej Sony HDCU-3100 wraz z opcją HKCU-UHD30 pracują także w standardzie UHD (4x3G-SDI), co potwierdza oświadczenia złożone przez producenta SONY oraz specyfikacja techniczna dla urządzeń serii HDC Series (w tym HDC-3500) oraz jako specyfikacja techniczna toru kamerowego HDC-3500.

W odwołaniu Odwołujący wskazuje na instrukcję obsługi urządzenia datowaną na sierpień 2018 roku dla obsługi starszych technologicznie urządzeń, najstarszych technologicznie z serii HDC. Obecnie oferowane produkty, w tym kamera HDC-3500, posiadają specyfikacje techniczne z uwzględnieniem unowocześnień technicznych, w tym w zakresie oprogramowania, które były prezentowane we wrześniu 2018 r. na targach IBC w Amsterdamie. Rozwój urządzeń w kierunku wprowadzania przez cały czas unowocześnień produktów jest naturalny i korzystny dla odbiorcy końcowego. Przedłożone przez Odwołującego dokumenty są nieaktualne i nie uwzględniają obecnego brzmienia specyfikacji technicznej pełnej linii torów kamerowych HDC firmy Sony. Aktualna instrukcja obsługi dla konkretnej konfiguracji urządzeń i/lub urządzenia Sony jest zawsze dostarczana razem ze sprzętem.

Odwołujący nie dochował staranności w formułowaniu zarzutu, gdyż nawet w ogólnodostępnej przestrzeni publicznej dostępne są informacje potwierdzające zgodność oferowanych urządzeń z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, np. na stronie internetowej SONY.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego spełnione jest także wymaganie opisane dla pulpitu zdalnego sterowania. Zgodnie z punktem 1.4 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający

wymagał połączenia ze stacją bazową dedykowanym kablem wielożyłowym o długości mieszczącej się w granicach od 2 do 3 metrów lub poprzez sieć Ethernet. Proponowane rozwiązanie umożliwia połączenie ze stacją bazową za pomocą sieci Ethernet, co potwierdza specyfikacja techniczna dla serii pulpity sterujących Sony, w tym pulpitu RCP-1500. Tym samym spełnione jest wymaganie zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Przystępujący zobowiązał się do dostawy wielożyłowego kabla sterującego CCU/RCP Sony CCA-5-10, lecz zaoferowanie dodatkowego kabla nie przesądza o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odrzucenie oferty na podstawie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwe jest jedynie, gdy Zamawiający ustali w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w specyfikacji celu, a złożona przez Przystępującego oferta w sposób niebudzący wątpliwości pozwala na realizację celów postępowania.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest prawdą, jakoby przedsiębiorstwo SONY przyjęło dla urządzeń działających w formacie UHD oznaczenie cyfrą 4. Przedłożone przez Przystępującego oświadczenie producenta oraz specyfikacje techniczne stoją w wyraźnej sprzeczności z argumentacją Odwołującego, a wprowadzenie i zaprezentowanie na targach NAB w USA modelu oznaczonego HDC-5500 dyskredytuje tę hipotezę.

IV 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 w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do podnoszonych wniosków o odrzucenie lub pozostawienie bez rozpoznania zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na udostępnienie Odwołującemu „Specyfikacji cenowej” Przystępującego 26 listopada 2018 r., Izba stwierdziła, że nie zachodzi przesłanka wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 183 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Terminy te zostały wskazane w art. 182 i w odniesieniu do zamówień, których wartość jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 10 dni odpowiednio od przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (art. 182 ust. 1 pkt 1) lub od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 182 ust. 3 pkt 1).

Nie budzi wątpliwości, że pozostałe sytuacje opisane w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mają zastosowania w niniejszej sprawie, a ze względu na to, że odwołania nie wnosi się wobec czynności wykonawcy (czyli oświadczeń zawartych w treści „Specyfikacji cenowej” Przystępującego), lecz czynności i zaniechań zamawiającego, termin na wniesienie odwołania biegnie od dnia, w którym można było uznać, że Zamawiający zaniechał np. odrzucenia danej oferty. Najczęściej jest to dzień przekazania odwołującemu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej – jakkolwiek w niniejszym postępowaniu, ponieważ „Specyfikacja cenowa” została złożona nie wraz z ofertą, lecz w okresie późniejszym, wyłącznie przez wykonawcę, którego oferta została najlepiej oceniona, nastąpiło to w terminie późniejszym, lecz niewątpliwie w grudniu 2018 r. W takim też terminie Odwołujący złożył odwołanie (sygn. KIO 2518/18). Odwołanie to zostało jednak cofnięte ze względu na unieważnienie przed jego rozpoznaniem czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Tym samym, wraz z chwilą unieważnienia, czynność, z którą można było powiązać zaniechanie Zamawiającego, przestała istnieć, a Zamawiający poddał ofertę Przystępującego ponownemu badaniu, by 26 marca 2019 r. ponownie uznać ją za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że ze względu na unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przed rozpoznaniem odwołania KIO 2518/18 i przyczyny wycofania tego odwołania leżącej w owym unieważnieniu czynności, nie zachodzą przesłanki odrzucenia obecnego odwołania, a termin na kwestionowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty biegnie od ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Inne założenie prowadziłoby do pozbawienia wykonawcy możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej – z jednej strony bowiem odwoływałby się od czynności już nieistniejącej w chwili orzekania, a z drugiej nie mógłby skorzystać ze środków ochrony prawnej po dokonaniu kolejnej czynności. Przeczyłoby to idei efektywności środków odwoławczych wskazanej w artykule 1. ust. 1 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, który stanowi, że państwa członkowskie mają przedsięwziąć niezbędne środki, aby zapewnić możliwość skutecznego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo; zasada ta ma zastosowanie również do obecnie obowiązujących dyrektyw.

Z tego też powodu w zaistniałych okolicznościach sprawy nie można odmówić Odwołującemu prawa do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny postępowania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty i „Specyfikacji cenowej” Przystępującego oraz innych złożonych w postępowaniu dokumentów i dokonanych czynności) nie jest sporny pomiędzy Stronami.

Odwołujący w odwołaniu postawił następujące zarzuty:

1. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych przez wykonawcę 4VISIONS jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty 4VISIONS jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24aa ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy 4VISIONS jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wezwania Odwołującego – zgodnie z punktem 10.5.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – do złożenia oświadczeń i dokumentów określonych w punkcie 10.4.2-10.4.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu jako najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez 4VISIONS jako tajemnica przedsiębiorstwa Izba stwierdziła, co następuje.

Art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera najważniejsze zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych określono, 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, przy czym 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, z tym, że wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w [art. 86 ust. 4](#) ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten, co nie budzi wątpliwości, *per analogiam* ma zastosowanie także do innych niż oferta lub wnioski dokumentów składanych w postępowaniu.

Art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 96 ust. 2 załącznikami do protokołu są, w uproszczeniu, wszystkie dokumenty składane przez wykonawców i sporządzane przez zamawiającego w trakcie postępowania.

Art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ([t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010](#)) definiuje, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zarzut Odwołującego dotyczył trzech dokumentów: wyjaśnień Przystępującego w zakresie przedstawionej ceny z 6 lutego i 14 marca 2019 r. oraz „Uzasadnienia niejawności dalszych wyjaśnień” złożonego wraz z wyjaśnieniami z 6 lutego 2019 r.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (odwoławczego).

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, dokument „Uzasadnienie niejawności dalszych wyjaśnień” (niezależnie od tego, czy został wcześniej przekazany Odwołującemu) jest jawny, zatem orzekanie co do konieczności jego ujawnienia jest bezprzedmiotowe.

Zamawiający, już po wniesieniu niniejszego odwołania, ujawnił też w większości treść wyjaśnień Przystępującego z 6 lutego i 14 marca 2019 r., poza wybranymi akapitami. Tym samym również co do ujawnionej treści ww. dokumentów orzekanie jest bezprzedmiotowe. Natomiast jeśli chodzi o pozostałe zastrzeżone fragmenty ww. dokumentów, Zamawiający i Przystępujący na żądanie Izby złożyli wyjaśnienia podstaw nieujawnienia tych informacji (odpowiednio pismem z 4 czerwca 2019 r. i pismem z 29 maja 2019 r.).

Po analizie zastrzeżonych fragmentów ww. pism oraz złożonych wyjaśnień Izba uznała, że nie wszystkie z zastrzeżonych informacji mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i jedynie ze względów proceduralnych Izba nie nakazała ujawnienia tych informacji, które takiego charakteru nie mają. Jak bowiem stanowi z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – tym samym, jeśli takiego wpływu nie stwierdzi, nawet jeśli sam zarzut uzna za prawidłowy, odwołanie (zarzut) oddala. Z kolei z art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że uwzględniając odwołanie Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub unieważnienie czynności zamawiającego, unieważnić zawartą umowę, skrócić okres jej obowiązywania, nałożyć karę finansową lub stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. Zatem do nakazania pewnych czynności konieczne jest uwzględnienie odwołania, a – *a contrario* – nie nakazuje się ich oddalając odwołanie, nawet jeśli sam zarzut był zasadny. W stosunku do informacji, które wciąż pozostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Przystępującego, Izba stwierdziła, że, w jej ocenie wynikającej z długoletniego doświadczenia orzeczniczego w rozstrzyganiu sporów dotyczących rażąco niskiej ceny, nie są one takiego rodzaju, by ich ujawnienie mogło zbudować zarzut o rażąco niskiej cenie (skoro Odwołujący dotychczas skutecznie nie sformułował takiego zarzutu po zapoznaniu się z cenami zawartymi w „Specyfikacji cenowej” Przystępującego) – są to bowiem informacje o zbyt dużym stopniu ogólności, czy też o braku złożenia wyjaśnień dotyczących ceny (gdyż takie wyjaśnienia zostały złożone). Nie ma tu więc przesłanki „istotnego wpływu na wynik postępowania”.

Izba zauważa jednak, że sam fakt, iż względy procesowe kierujące postępowaniem odwoławczym mają taki skutek, nie zmienia zasady jawności postępowania przetargowego i nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku jej przestrzegania.

Ze względu na to, że Izba nie nakazała ujawnić ww. fragmentów dokumentów, a obecnie wciąż pozostają one tajemnicą, nie będzie też ich opisywać, zwraca jednak uwagę na pewne okoliczności.

Przede wszystkim, czy to wykonawca zastrzegając informacje, czy to zamawiający pozwalając na utajnienie pewnych informacji, powinni kierować się zasadą minimalizacji, czyli zastrzegany powinien być jak najmniejszy możliwy zakres informacji. Tym samym, jeśli tajemnicą jest nazwa dostawcy, to zaczernić należy nazwę tego dostawcy, a nie cały wers czy akapit. Z kolei nawet zastrzegając pewne szczegóły, nie ma powodu utajniać, do jakiej materii wykonawca się odnosi.

Na przykład Izba nie widzi powodu, by zastrzec informację, że Przystępujący otrzymał ofertę cenową na oferowany sprzęt od firmy SONY (w zasadzie nie tylko nie jest to tajemnica, lecz wręcz fakt znany wszystkim zainteresowanym), czy też, że takową ofertę przedstawił jako

dowód na potwierdzenie złożonych wyjaśnień (należałoby wręcz oczekiwać, by ofertę taką przedstawił), czy też, że była to oferta „specjalna”, „wyjątkowo korzystna”, „niestandardowa”, „uwzględniająca specjalne rabaty”, skalkulowana w indywidualny sposób, wyjątkowo dla tego postępowania itp. Takie informacje same w sobie nie dość, że są ogólnikowe i ocenne (czy rzeczywiście była tak wyjątkowo korzystna), to stanowią wręcz standardowe stwierdzenia powtarzane przez wykonawców w każdym z tego typu wyjaśnień – podobnie jak o swoim wyjątkowym doświadczeniu, nadzwyczajnie wykwalifikowanym personelu, wykorzystywaniu pracowników do obsługi więcej niż jednego kontraktu, wieloletniej współpracy z kontrahentami pozwalającymi uzyskiwać wysokie rabaty lub korzystne warunki współpracy, czy efekcie skali itd. itd.

Niejawne mogą natomiast pozostać konkretne zaoferowane ceny – jakkolwiek po rozważeniu, czy mają one jakiegokolwiek przełożenie na ogólną działalność wykonawcy, czy zostały określone indywidualnie dla złożenia tej oferty i w przyszłości nie będą powtórzone, w szczególności biorąc pod uwagę, jak szybko wprowadzane są nowe rozwiązania i jak szybko traci na wartości sprzęt tego rodzaju. Standardem jest też, że wykonawcy negocjują ceny konkretnie na potrzeby każdego przetargu i w kolejnym się one nie powtarzają, nawet marża samego wykonawcy czy ponoszone przez niego koszty związane z realizacją nie są zawsze stałe i niezmiennie.

Należy też podkreślić, że praktyka pokazuje, że samo poznanie – historycznych już przecież w chwili otwarcia ofert – nawet szczegółowych cen innych wykonawców nie gwarantuje sukcesu konkurencji. Gdyby miało to takie proste przełożenie, dany wykonawca poznając formularz cenowy czy szczegółowy kosztorys ofertowy wykonania robót budowlanych swoich konkurentów, mógłby wygrać każdy kolejny przetarg. Podobnie sytuacja by się miała po poznaniu cenników poszczególnych firm czy sprzedawców lub cen sklepowych. Tak się jednak nie dzieje, a praktyka wskazuje, że ceny są negocjowane przy każdym kolejnym kontrakcie. Również w tej sytuacji można założyć, że gdyby Zamawiający powtórzył niniejszy przetarg, ceny ofert – a może i sam oferowany sprzęt – byłyby odmienne od obecnych.

Podobnie Zamawiający nie musi ujawniać detali strategii wykonawcy co do ryzyk walutowych, ale brak powodu do zachowania w tajemnicy informacji, że wykonawca się do tego odniósł w swoich wyjaśnieniach. Nie stanowi bowiem dla nikogo tajemnicy, że zaoferowany sprzęt nie będzie wyprodukowany na terenie Polski, a zatem i rozliczenia z producentem będą dokonywane z uwzględnieniem kursu obcej waluty. Każdy przedsiębiorca, również Odwołujący, jakąś strategię kursową musiał przyjąć i w jakiejś walucie – czy to polskiej, czy obcej, płaci. Jakkolwiek i w tym wypadku należy rozważyć, czy dane informacje mają znaczenie ogólne dla działalności wykonawcy, czy też wyłącznie dla tej konkretnej oferty, np. jak na sytuację biznesową Przystępującego wpłynie informacja, że za tę

konkretną sprzedaż zapłaci w złotych, jenach, dolarach, euro, funtach, czy też innej walucie.

Już na stronie internetowej Przystępującego można znaleźć informację, że „Firma 4vision oferuje usługi serwisowe urządzeń stosowanych w produkcji telewizyjnej (serwis kamer Sony)”, zaś lista autoryzowanych serwisantów danej (zwłaszcza dużej i znanej) firmy co do zasady nie tylko nie jest tajemnicą, lecz wręcz jest publikowana.

Nieprzekonujące jest też wyjaśnienie, dlaczego tajemnicą został objęty wykaz załączników do pism, który nie zawiera żadnych szczególnych informacji – jeszcze dyskusyjna może być umowa, o której mowa w punkcie 4. pisma z 6 lutego, czy nazwy firm innych niż SONY, ale to też pod warunkiem wcześniejszego stwierdzenia, że same informacje, do których odnoszą się te załączniki, rzeczywiście są nieznanymi konkurentom. Nieujawnianie treści załączników nie jest tym samym co nieujawnienie faktu, że wykonawca dany załącznik złożył.

Trudno też uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia, że w danym piśmie wykonawca popełnił omyłkę.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty 4VISIONS jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba stwierdziła, co następuje.

Treść art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zacytowano powyżej.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. możliwości poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wskazał na następujące niezgodności zaoferowanych przedmiotów z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po pierwsze, zaoferowana kamera HDC-3500 nie jest kamerą 4K, co jest niezgodne z wymaganiem zawartym w punkcie 1.2 lit. f) opisu przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający wyspecyfikował wymagania dla kamery dotyczące pracy w formatach HD 1080i, HD1080p i UHD. Zdaniem Odwołującego kamera HDC-3500 posiada wyłącznie tryb pracy HD, a nie UHD, czyli nie posiada rozdzielczości 3840x2160.

Po drugie, stacja bazowa HDCU-3100 nie posiada trybu pracy 4K, co jest niezgodne z wymaganiem zawartym w punkcie 1.3 lit. a) i c) opisu przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający wskazał wymagania dla stacji bazowej: praca (przyjęcie sygnału z kamery) w formatach HD 1080i, HD1080p i UHD oraz co najmniej 6 wyjść przełączalnych sygnału

3G/HD-SDI, z czego 4 z nich pracujące także po wyborze trybu w standardzie UHD (4 x 3G-SDI). W ocenie Odwołującego stacja bazowa może pracować wyłącznie w formatach HD 1080i oraz HD1080p.

W swoim dalszym stanowisku Odwołujący wskazał, że kamera ta nie wysyła sygnału UHD do stacji bazowej, wyposażona w zaoferowany moduł HKC-FB30 konwertuje wysyłany sygnał do stacji bazowej w stosunku 4:1. Odwołujący oświadczył też, że nie kwestionuje, że stacja bazowa HDCU-3100 wyposażona w moduł HKC-UHD30 ma zdolność wykreowania sygnału UHD, jednak kamera HDC-3500 nie jest źródłem natywnego sygnału UHD.

Tym samym tor kamerowy w zaoferowanej konfiguracji umożliwia transmisję sygnału HD z kamery do stacji bazowej, lecz nie umożliwia transmisji nieskonwertowanego sygnału UHD, co potwierdza aktualna instrukcja obsługi i instrukcja serwisowa. Zawarty tam opis działania modułu TX-164 jednoznacznie potwierdza, że sygnał wysyłany do stacji bazowej jest sygnałem HD-SDI. Zdaniem Odwołującego dopiero po zainstalowaniu modułu HKC-FB50 (niezaoferowany) w kamerze i połączeniu jej ze stacją bazową HDCU-5500 możliwa jest transmisja 4K, jak też istnieje możliwość wykreowania sygnału 4K-50P na wejściu stacji bazowej HDC-3100, ale konieczne jest zainstalowanie płytki procesora HKCU-UHD30 w stacji bazowej, jak też wyjście 4K jest wspierane, ale po zainstalowaniu modułu HKC-FB50. Zamawiający i Przystępujący zaprzeczyli powyższym twierdzeniom, na potwierdzenie przedkładając również – najbardziej aktualne – instrukcje obsługi oferowanego sprzętu. Przystępujący przedstawił również oświadczenia złożone w imieniu SONY przez pana H. N., dyrektora Sony Professional Solutions Europe, Media Solutions Sony Professional Europe z 11 grudnia 2018 r. i przez pana H. K. dyrektora generalnego Media Solutions Professional Solutions Europe Sony Europe BV z 7 maja 2019 r.

W pierwszym z oświadczeń zawarto następującą treść (według tłumaczenia): „OŚWIADCZENIE dotyczące rozdzielczości Ultra HD w odniesieniu do systemu HDC-3500 Oświadczenie poniższe ma na celu potwierdzenie, że system HDC-3500//U ma zdolność UHD, złożoną z następujących komponentów:

- HDC-3500//U
- HZC-PRV50
- HDCU-3100
- HKCU-UHD30.

System HDC-3500//U miał oficjalną premierę dwa miesiące temu, podczas Targów IBC we wrześniu 2018 roku.

TVP jest naszym wiodącym klientem, a umowa zostanie zrealizowana na czas i na podstawie specyfikacji SIWZ.

Aktualną specyfikację HDC-3500//U przedstawiono w załączonej broszurze.

Należy nadmienić, że instrukcja obsługi nie jest jeszcze aktualna i zostanie zmieniona zgodnie z następującymi specyfikacjami:

1. Rozdzielczość pozioma

2.000 linii TV (w środku ekranu) z opcją przetwarzania 4K (HKCU-UHD30) w CCU (HDCU-3100).

2. Skuteczne rozwiązanie

3840 x 2160 z opcją przetwarzania 4K (HKCU-UHD30) w CCU (HDCU-3100).

Pragnę jeszcze raz podkreślić, że bardzo doceniamy Państwa uznanie dla naszej marki poprzez wybór systemu kamerowego HDC-3500, który doskonale spełni wymagania dotyczące najwyższych światowych standardów produkcji i specyfikacji.”

W drugim oświadczeniu wskazano (według tłumaczenia): „Oświadczenie poniższe ma na celu potwierdzenie, że system HDC-3500//U ma zdolność UHD, złożoną z następujących komponentów:

- HDC-3500
- HZC-PRV50
- HDCU-3100
- HKCU-UHD30.

Zaoferowany przez wykonawcę 4Visions Sp. z o.o. Sp. K. System HDC-3500 spełnia wymagania zawarte w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na dostawę kamer i obiektywów, numer postępowania ZP/TITT/113/2018. W szczególności spełnione są następujące wymagania:

- kamera HDC-3500 pracuje w formacie UHD;
- kamera HDC-3500 posiada rozdzielczość przetwornika obrazu (HxV) liczba efektywnych pikseli co najmniej 3840x2160;
- stacja bazowa HDCU-3100 pracuje (przyjęcie sygnału z kamery) w formacie UHD;
- stacja bazowa HDCU-3100 posiada 4 wyjścia przełączalne sygnału pracujące w standardzie UHD (4 x 3G-SDI).

Ponadto oświadczam, iż złożone przez Sony oświadczenie z dnia 11 grudnia 2018 roku potwierdzało zgodność oferowanego przez 4Vision Sp. z o.o. Sp. K. Systemu HDC-3500 z wymaganiami zamawiającego Telewizja Polska S.A. opisanymi w postępowaniu na dostawę kamer i obiektywów (...) Dodatkowo oświadczam, iż użyty w oświadczeniu z dnia 11 grudnia 2018 roku w oznaczeniu Systemu HDC-3500//U zwrot „//U” należy rozumieć w ten sposób, iż oferowany system został wyprodukowany na terenie Wielkiej Brytanii (//U – United Kingdom).”

Izba przeprowadziła także dowód z oględzin oferowanej kamery i stacji bazowej, w którym uczestniczyli również przedstawiciele firmy SONY.

Na podstawie powyższych dowodów Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do uznania, że zaofertowana kamera SONY HDC-3500 wraz z modułem HKCU-UHD30 i stacja bazowa SONY HDCU-3100 nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po pierwsze – niezależnie od odmiennych ocen instrukcji obsługi sprzętu dokonywanych przez obie Strony – Izba nie ma podstaw, by kwestionować złożone bezpośrednio oświadczenia (zapewnienia) przedstawicieli producenta, którzy wprost potwierdzają, że oferowana kamera i stacja bazowa pracują w formacie UHD, a kamera posiada rozdzielczość przetwornika obrazu 3840x2160 pikseli. Należy zauważyć, że instrukcje obsługi również są oświadczeniami producenta, natomiast złożone oświadczenia mają tę przewagę, że nie stanowią informacji ogólnej, lecz odnoszą się do konkretnego powstałego problemu będącego przedmiotem sporu. Możliwość pracy w wymaganej rozdzielczości potwierdza także informacja pojawiająca się na wyświetlaczu kamery oraz przeprowadzone w ramach oględzin badanie.

Dodatkowo Odwołujący stwierdził, że kamera posiadałaby kwestionowaną funkcję, gdyby został w niej zamontowany moduł HKCU-UHD50 zamiast HKCU-UHD30. Tymczasem według oświadczeń przedstawicieli producenta SONY złożonych podczas oględzin, oba moduły – w kwestionowanym zakresie – działają w taki sam sposób, a różnica pomiędzy tymi modelami dotyczy innej funkcji. Oświadczenie to nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego. Podobnie jeśli chodzi o wskazywane przez Odwołującego jako spełniające wymóg pracy w formacie UHD „wyższe” modele kamery i stacji bazowej – również ich sposób działania i transmisji danych jest analogiczny jak w sprzęcie oferowanym.

Po trzecie, Odwołujący wskazał, że dedykowany kabel wielożyłowy nie spełnia wymagania co do jego długości. W punkcie 1.4 lit. c) opisu przedmiotu zamówienia wskazano wymagania szczegółowe dla pulpitu zdalnego sterowania: połączenie ze stacją bazową (CCU) dedykowanym kablem wielożyłowym o długości mieszczącej się w granicach od 2 do 3 metrów lub poprzez sieć Ethernet, Przystępujący natomiast zaofertował kabel sterujący CCU/RCP Sony CCA-5-10 o długości 10 metrów.

Zamawiający oraz Przystępujący stwierdzili, że Przystępujący z wymogu „połączenie ze stacją bazową (CCU) dedykowanym kablem wielożyłowym o długości mieszczącej się w granicach od 2 do 3 metrów lub poprzez sieć Ethernet” spełnił drugą część, tj. połączenie poprzez sieć Ethernet (do której nie wymagano okablowania), natomiast kabel CCU/RCP Sony CCA-5-10 został zaofertowany dodatkowo jako standardowy element wyposażenia oferowany przez producenta do zestawu.

Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania twierdzenia, że wykonawca spełnił wymóg połączenia przez sieć Ethernet, a tym samym spełnił wymaganie specyfikacji istotnych

warunków zamówienia zawarte w punkcie 1.4 lit. c) opisu przedmiotu zamówienia, więc nie ma znaczenia, że zaoferowany kabel CCU/RCP Sony CCA-5-10 ma długość 10, a nie 2-3 metrów.

Niezależnie zaś od powyższego, czyli nawet gdyby tego wymagania nie spełnił, różnicę pomiędzy zaoferowaniem kabla o długości 2-3 i 10 metrów można ocenić jako bagatelną i uznać za dopuszczalne dostarczenie kabla o długości 2-3 metrów, co nie stanowi zmiany oferty. Dla dochowania formalności w postępowaniu w tym celu należałoby skorygować dostarczony przez Przystępującego formularz „Specyfikacji cenowej”, co jest tym łatwiejsze, że formularz ten nie był elementem samej oferty, lecz dokumentem, który miał złożyć wyłącznie wybrany wykonawca.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24aa ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy 4VISIONS jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów określonych w punkcie 10.4.2-10.4.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu jako najkorzystniejszej Izba stwierdziła, co następuje.

Treść art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zacytowano powyżej.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 24aa ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający może najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Jak wskazano na wstępie, zarzut ten był wyłącznie konsekwencją zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, zatem przy oddaleniu zarzutu nieodrżucenia tej oferty jest bezprzedmiotowy. Poza tym zarzut ten jest niezasadny również o tyle, że przywołane przepisy art. 24aa ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych są nieadekwatne do zaistniałej w postępowaniu sytuacji.

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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 15.000 złotych.

Przewodniczący: