

Sygn. akt: KIO 879/16

WYROK

z dnia 8 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom**

przy udziale:

- A. wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **CPD System Sp. z o.o., ul. Skorupki 13, 05-220 Zielonka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża **Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od **Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** kwotę 3.600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) na rzecz **CPD System Sp. z o.o., ul. Skorupki 13, 05-220 Zielonka** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

UZASADNIENIE

Zamawiający Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest Dostawa infrastruktury technicznej na potrzeby zapewnienia usługi kolokacji dla działań pilotażowych PCO. Odwołujący Qumak S.A. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez CPD SYSTEM Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu błędne ustalenie stanu faktycznego oraz naruszenie art. 7 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, poprzez m. in. bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego zastrzeżeń CPD SYSTEM Sp. z o.o. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty CPD SYSTEM Sp. z o.o., w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z SIWZ; art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 3 Ustawy Pzp poprzez niezgodne z Ustawą Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej; art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez CPD SYSTEM Sp. z o.o. jako oferty niezgodnej z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ; art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Ustawy Pzp poprzez bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego lapidarnych wyjaśnień objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oferty CPD SYSTEM Sp. z o.o. w zakresie oferowanego rozwiązania oraz poprzez zaniechanie ujawnienia pełnej treści oferty CPD SYSTEM Sp. z o.o., w sytuacji gdy podmiot ten nie udowodnił przed Zamawiającym, że zastrzeżone przez niego części oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a cała oferta CPD SYSTEM Sp. z o.o. wraz z wyjaśnieniami powinna zostać uznana za ofertę jawną; art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w niniejszej sprawie wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa oraz część oferty CPD SYSTEM Sp. z o.o. w zakresie oferowanego Zamawiającemu przedmiotu zamówienia mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa; art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez zaniechanie jego zastosowania wskutek błędnej oceny oferty CPD SYSTEM Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia tej oferty jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty CPD SYSTEM Sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu dokonania

ponownej oceny ofert i w zależności od ustaleń: dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z ujawnienie wyjaśnień CPD SYSTEM Sp. z o. o. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa i pełnej treści oferty CPD SYSTEM Sp. z o. o. oraz udostępnienie ich Odwołującemu do wglądu; odrzucenie oferty CPD SYSTEM Sp. z o. o. jako oferty nie spełniającej wymagań treści SIWZ oraz jako oferty zawierającej rażąco niską cenę; dokonanie wyboru oferty Qumak S.A. jako najkorzystniejszej w ramach niniejszego postępowania.

Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez CPD SYSTEM Sp. z o. o. (dalej: CPD System) nie odpowiada treści SIWZ.

Wykonawca CPD System w Formularzu Ofertowym wskazał, iż oferuje model szafy stelażowej: ZPAS SZE3 2200x600x1200 producenta firmy ZPAS S.A. W ocenie Odwołującego, materiały zamieszczone na stronie internetowej firmy ZPAS S.A. oraz w oficjalnych katalogach tej firmy nie wskazują, jakoby producent oferował produkty spełniające wymagania wskazane w SIWZ przez Zamawiającego i posiadające wymagane parametry.

Odwołujący stwierdził, że z katalogów oraz stron internetowych firmy ZPAS nie wynika, aby którekolwiek z dostępnych urządzeń spełniało wymagania Zamawiającego:

- Perforacja w drzwiach przednich i tylnych w szaf 47U musi wynosić min. 86%, a poziom prześwitu dla perforacji min. 80%.
- Zamawiający wymaga, aby dach płaski szafy był montowany bez narzędziowo oraz został wyposażony w dwa przepusty szczotkowe z regulowaną szerokością szczeliny.
- Szafa musi być wyposażona w bez narzędziowy system montażu poprzeczek konstrukcyjnych.
- Rama stalowa spawana o nośności nie mniej niż 1500 kg z systemem otworów pozwalającym na dowolną konfigurację ostelażowania, wykonana z blachy stalowej o grubości 1,5 mm.
- Elementy konstrukcyjne ramy: szafy poziome i pionowe muszą posiadać otworowanie prostokątne i okrągłe wraz z podziałką o rozstawie 25 mm.
- Stelaże wewnętrzne 19" mają mieć możliwość regulacji głębokości skoku 50 mm, wykonane ze stali o grubości 2,5 mm, cynkowane elektrolitycznie.
- Drzwi szafy o konstrukcji ramowej wyposażone w zawiasy drzwiowe, umieszczone w obrębie obudowy. Drzwi muszą posiadać możliwość zamiany kierunku otwarcia ze strony prawej na lewą, i odwrotnie bez zmiany konstrukcji, oraz instalacji dodatkowych elementów.
- możliwość instalacji płyty separacyjnej pomiędzy poszczególnymi szafami bez demontażu szaf Wyspy Zimna/Wyspy Ciepła i elementów aktywnych w szafach.

- Zabudowa zimnego korytarza powietrza obejmuje: wykonanie modułów dachowych o konstrukcji ramowej z blachy, wypełnionej płytami z poliwęglanu litego, przykrycia zimnego korytarza powietrza od góry w sposób nieblokujący dostępu istniejącego oświetlenia (zamawiający dopuszcza zmniejszenie ilości światła (oświetlenia) o maksymalnie 10 % w porównaniu z istniejącym oświetleniem, wykonania zabudowy zakończeń, zimnego korytarza powietrza" w postaci drzwi otwieranych automatycznie oraz ręcznie, synchroniczne Drzwi muszą być wyposażone w zabezpieczenie przed przytrzaśnięciem osoby stojącej w drzwiach. Powierzchnia przeszklenia drzwi czołowych na poziomie min. 95%.
Nadto Odwołujący zauważył, że zgodnie z informacjami dostępnymi na stronie producenta, szafy o modelu SZE3 2200x600x1200 posiadają ramę o konstrukcji skręcanej, natomiast Zamawiający wymagał zaoferowania szaf o konstrukcji spawanej.

Ponadto Odwołujący wskazał, że szafa o modelu SZE3 2200x600x1200 wskazana w ofercie CPD System nie spełnia wymagań Zamawiającego. Z danych technicznych szaf wskazanych w ofercie CPD System - SZE3 wynika, że profile montażowe tych szaf to: „blacha stalowa alucynk", natomiast zgodnie z wymaganiami Zamawiającego powinny to być: Stelaże wewnętrzne 19" mają mieć możliwość regulacji głębokości skoku 50 mm, wykonane ze stali o grubości 2,5 mm, cynkowane elektrolitycznie.

Odwołujący wskazał także, że zaoferowane przez firmę CPD System szafy model ZPAS SZE3 2200x600x1200 są dedykowane przez ich producenta firmę ZPAS S.A dla rynku energetycznego i automatyki, a nie dla centrów przetwarzania danych. Szafy tego typu charakteryzują się drzwiami stalowymi pełnymi lub drzwiami przeszklonymi, nie posiadają perforacji drzwi pozwalającej na swobodny przepływ powietrza potrzebnego do wychłodzenia zainstalowanego sprzętu. Proponowane szafy nie posiadają maskownic pionowych i poziomych, jak i wymaganych przepustów w dachu. Dodatkowo szafy energetyczne nie posiadają stelaży 19 cali a najczęściej płytę montażową, co uniemożliwia zainstalowanie urządzeń stosowanych w informatyce tj. centrach danych gdzie standardem jest stelaż rack 19 cali. Ponadto zaoferowane przez CPD System szafy ZPAS SZE posiadają konstrukcję skręcaną, co nie zapewnia właściwej nośności szafy (Zamawiający wymagał nie mniej niż 1500 kg). Tym samym Odwołujący wskazuje, iż szafy energetyczne absolutnie nie spełniają wymagań i nie są przeznaczone do montażu sprzętu serwerowego.

Zgodnie z treścią Załącznika A2 do Formularza oferty - Wykaz cen jednostkowych Zamawiający w pkt 6 wymagał wskazania przez Wykonawcę nazwy oraz wersji zaoferowanego oprogramowania. Wykonawca CPD System w swojej ofercie wskazał, iż oferuje oprogramowanie CD Spyder initial management SW licence incl. 50 device pack w

wersji aktualnej. W ocenie Odwołującego taka forma wskazania wersji oprogramowania nie spełnia wymagań Zamawiającego, bowiem nie wskazuje jakie oprogramowanie zostało zaoferowane.

Ponadto Wykonawca CPD System w swojej ofercie (str. 5) w pkt 5 wpisał, iż oferuje 1 komplet czytnika kart (SKD) do szaf 47U. Nie wiadomo zatem, ile sztuk przedmiotowych kar zaoferował wykonawca. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jasno i wyraźnie w formularzu ofertowym wskazał, że wymaga podania ilości sztuk zaoferowanych produktów a nie kompletów. Tym samym, w ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy CPD System jest niekompletna oraz sprzeczna z treścią SIWZ, w tym z treścią Formularza ofertowego.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia Wykonawcy CPD System sp. z o. o. z dnia 8 kwietnia 2016r. są niekompletne i nie potwierdzają spełnienia wymogów wskazanych w SIWZ. Wykonawca CPD SYSTEM Sp. z o. o. oświadczył, iż: „Niniejszym oświadczamy, że zaoferowane przez nas szafy produkcji firmy ZAPS spełniają wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego w Załączniku nr 3 do SIWZ.” Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie zawiera przedmiotowego załącznika nr 3. Tym samym w ocenie Odwołującego nie sposób uznać, iż przedmiotowe wyjaśnienia potwierdzają fakt spełnienia wymagań wskazanych przez Zamawiającego.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że oferta złożona przez Wykonawcę CPD System sp. z o.o. nie spełnia postawionych przez Zamawiającego wymagań ujętych w treści SIWZ, wobec czego winna zostać odrzucona, jako niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający odmówił udostępnienia pełnej treści oferty Wykonawcy CPD System sp. z o. o. powołując się na zastrzeżenie ich jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego było to działanie bezprawne, nie znajdujące swojego uzasadnienia w świetle przepisów Pzp.

Zdaniem Odwołującego Wykonawca CPD System sp. z o. o. nie sprostął wymaganiom art. 8 ust 3 Ustawy Pzp. W jego opinii, zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa dokument nie mógł zawierać informacji, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców ubiegających się o udział w realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, zastrzeżona przez wykonawcę CPD System sp. z o.o. szczegółowa specyfikacja systemu RACK dla „OP Radom” i „OP Warszawa” nie zawiera niepowtarzalnych danych tegoż przedsiębiorcy o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym i nie zawiera informacji znanych tylko temu wykonawcy (mają charakter powszechny). Celem jest uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny oferty konkurencji.

Zgodnie z uzasadnieniem dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest fakt, że: „zapropozowane rozwiązanie szaf jest rozwiązaniem przygotowanym przez firmę ZPAS S.A. specjalnie pod kątem optymalnego spełniania wymagań Zamawiającego i jako rozwiązanie „nieseryjne” nie posiada kart katalogowych.”

Odwołujący podkreślił, że dane i ich zakres składające się na specyfikację techniczną oferowanych urządzeń są informacjami ogólnie dostępnymi i powszechnie publikowanymi, w szczególności w specyfikacjach produktów i ulotkach produktowych poszczególnych wytwórców, w tym na ogólnodostępnych stronach internetowych. Tym samym, dostępne publicznie informacje nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie można również podzielić stanowiska Wykonawcy, że *„właściwy dobór odpowiednich komponentów technologicznych jest kluczową umiejętnością firmy”*. Zdaniem Odwołującego, konfiguracja taka jest wypadkową określonej kombinacji szczegółowo opisanych przez producenta produktów, ograniczona szczegółowymi wymaganiami Zamawiającego i w swej istocie nie jest żadnym unikalnym know-how dla każdego podmiotu, który ma wiedzę i doświadczenie w zakresie stosowania tego typu urządzeń.

W szczególności nie są to poufne rozwiązania techniczne (wymagania) poszczególnych urządzeń skoro te rozwiązania techniczne są funkcjonalnie jednakowe dla wszystkich ubiegających się o to zamówienie i zostały narzucone w SIWZ, a tym samym nie są poufne skoro znają je wszyscy wykonawcy, nie są tajemnicą przedsiębiorstwa oferowane przez w/w wykonawcę produkty, które są one powszechnie dostępne na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a ich producenci powszechnie udostępniają opisy swoich rozwiązań i cenniki swoich produktów, spółka CPD SYSTEM Sp. z o. o., która zastrzegła w postępowaniu tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wykazu sprzętu i oprogramowania nie jest producentem (twórcą) sprzętu, który oferuje, a jedynie nabywa określone produkty od producentów tych produktów. Nie są więc objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykazy sprzętu, w których zawarto produkty stworzone przez inne podmioty (producentów), a samo podanie typu/modelu, parametrów i nazwy konkretnego producenta, produktu nie narusza know - how spółki CPD System sp. z o. o.

Odwołujący nie zgodził się z wyjaśnieniami wykonawcy CPD System sp. z o. o., że informacje te mają charakter techniczny i technologiczny dla CPD System sp. z o. o. Przede wszystkim wykaz sprzętu oferowanego w postępowaniu w żaden sposób nie świadczy o wiedzy technicznej i technologicznej oferenta (jest to wiedza zastrzeżona dla producenta konkretnego produktu). Wykaz produktów stanowi jedynie listę urządzeń jakie wykonawca w konkretnym postępowaniu oferuje Zamawiającemu i nie wskazuje czy wykonawca posiada wiedzę techniczną i technologiczną w realizacji zamówienia. Dodatkowo zastrzeżone informacje w zakresie cech technicznych i technicznych produktów zostały określone w treści SIWZ, a wykonawca miał jedynie wskazać które urządzenia te wymagania spełniają.

Odwołujący podkreślił, że nie może zaakceptować wyjaśnień, że właściwy dobór odpowiednich komponentów technologicznych jest kluczową umiejętnością firmy. Zdaniem Odwołującego, przyjęcie, że wykaz sprzętu i oprogramowania może stanowić indywidualny oparty na know-how firmy CPD System sp. z o. o., tj. autorski pomysł konkretnego wykonawcy prowadziłby do absurdalnych wniosków. Każdy bowiem z pozostałych wykonawców, którzy zaoferowali podobny wykaz sprzętu, musiałby zostać uznany za podmiot naruszający „autorski” pomysł firmy CPD System sp. z o. o. Co więcej, zdaniem Odwołującego przyjęcie koncepcji, że wykaz sprzętu może stanowić „autorski” pomysł musiałby prowadzić do wniosku, że żaden inny podmiot/osoba ani wcześniej, ani później nie oferowała na rynku informatycznym w swojej ofercie handlowej sprzedaży sprzętu w określonej przez w/w wykonawcę konfiguracji. Taka sytuacja wydaje się niemożliwa i nie do przyjęcia.

Odwołujący dodał, że nie można przyjąć, że charakter autorski (twórczy, indywidualny) ma zestawienie, wykazu sprzętu, który dla przeciętnej osoby posiadającej wiedzę w zakresie sprzętu informatycznego i oprogramowania - po zapoznaniu się z wymaganiami Zamawiającego - jest możliwy do przygotowania. W dodatku przedmiotowy wykaz jest powtarzalny, nie ma charakteru indywidualnego, a wynika jedynie z dostosowania produktów do określonego celu - realizacji zamówienia wg specyfikacji przedłożonej przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego brak było podstaw faktycznych i prawnych do utajnienia przedmiotowych wyjaśnień CPS System Sp. z o. o.

W ocenie Odwołującego, doszło pomiędzy Wykonawcą CPD System sp. z o.o. a producentem - firmą ZPAS S.A. do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia zmierzającego do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Brak jest, zdaniem Odwołującego racjonalnych podstaw do wyjaśnienia dlaczego oferta producenta złożona w niniejszym postępowaniu opiewała na wyższą kwotę aniżeli oferta CPD System (dystrybutora). ZPAS S.A. jako producent powinien złożyć ofertę na niższą kwotę, bowiem to firma CPS System jako dystrybutor tych urządzeń nalicza zapewne do wskazanej kwoty jeszcze swoją marżę. Tym samym, w ocenie Odwołującego doszło do sztucznego zawyżenia ceny producenta ZPAS S.A., umożliwiającego wygranie przedmiotowego postępowania, w którym i tak wykorzystywane są urządzenia producenta ZPAS S.A. W tej sytuacji, zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Wykonawcy CPS System sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp został podniesiony w konsekwencji naruszeń wyżej opisanych. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty

z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków. W sposób bezkrytyczny przyjął treść oświadczeń Wykonawcy CPD System sp. z o.o., że jego oferta spełnia wymagania SIWZ.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Wykonawca CPD System sp. z o.o. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego.

Odwołujący cofnął zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy CPD System sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na okoliczność, że złożenie oferty przez ten podmiot stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych uniemożliwiających jego rozpoznanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby bezzasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy CPD System sp. z o.o.

Należy zauważyć, że Wykonawca CPD System sp. z o.o. zaoferował model szafy w typie WZ-DCSZE3-47U0612-161, nie zaś ZPAS SZE3 2200x600x1200. Oferowane urządzenia zatem różnią się chociażby oznaczeniem. Załączona do odwołania karta katalogowa nie uwzględnia urządzenia wskazanego typu – zaoferowanego przez Wykonawcę CPD System sp. z o.o. Załączone przez Odwołującego foldery dotyczą jedynie szafy ZPAS SZE3. Odwołujący nie dowiódł jednoznacznie, że szafy z dodatkowym oznaczeniem DC nie różnią się od szaf bez tego symbolu oraz że producent nie wyprodukuje szaf specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania. Producent szaf złożył zaś oświadczenie, że zaoferowane w niniejszym postępowaniu szafy są zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający nie wymagał dołączenia do oferty folderów czy ulotek potwierdzających spełnienie przez oferowane wyroby poszczególnych parametrów. Oferowany produkt musi spełnić wymagania SIWZ także w chwili odbioru przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający skierował do Wykonawcy CPD System sp. z o.o. pytanie: „Zamawiający znalazł ogólną informację dotyczącą produktów firmy ZPAS dostępnych na stronie internetowej (...)”. „Natomiast nie znalazł konkretnego produktu o nazwie wskazanej przez Państwa w załączniku A1 i A2 do formularza oferty. W związku z tym nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić czy zaoferowane szafy spełniają wymagania określone w załączniku 3 do SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający wzywa Państwa do wyjaśnień czy zaoferowane przez Państwa w ofercie model szafy: WZ-DCSZE3-47U0612-161, WZ-DCSZE3-47U0810-161 oraz WZ-DCSZE3-47U1012-161 spełniają wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego w załączniku nr 3 do SIWZ.” Wykonawca CPD System sp. z o.o. udzielił pisemnej odpowiedzi, zgodnie z którą „Zaproponowane rozwiązanie szaf jest rozwiązaniem przygotowanym przez firmę ZPAS S.A. specjalnie pod kątem optymalnego spełnienia wymagań Zamawiającego i jako rozwiązanie „nieseryjne” nie posiada kart katalogowych.” Dodatkowo Wykonawca załączył oświadczenie producenta, w którym producent oświadczył, że: zaproponowane modele szaf z wyposażeniem (WZ-DCSZE3-47U0612-161, WZ-DCSZE3-47U0812-161, WZ-DCSZE3-47U1012-161, WZ-DCSZE3-470810-161) spełniają wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego. Katalog ZPAS jest zbiorem produktów, który nie zawiera wszystkich możliwych rozwiązań oferowanych przez producenta.

Z powyższego wynika, że już na etapie badania i oceny ofert, Wykonawca CPD System sp. z o.o. oraz producent potwierdzili spełnienie wymagań SIWZ. Powyższe producent potwierdził także na etapie rozprawy, składając oświadczenie, w którym wymienił parametry oferowanych szaf, zgodne z SIWZ.

Z tego też względu, brak jest podstaw do uznania, że produkt oferowany przez Wykonawcę CPD System sp. z o.o. nie spełnia wymagań SIWZ.

Odwołujący stwierdził (nie wskazując postanowień SIWZ, z których obowiązek taki miałby wynikać), że Zamawiający żądał wskazania nazwy oraz wersji zaoferowanego oprogramowania. Przystępujący w tabeli wskazał, iż będzie przedstawiona aktualna wersja oprogramowania. Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Nie wiadomo, zdaniem Odwołującego, o jaką wersję oprogramowania chodziło Przystępującemu. Przystępujący wskazał, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ, w jaki sposób ma nastąpić wskazanie oferowanej wersji oprogramowania. Tabela (pozostawiona

wykonawcom do wypełnienia) zawiera jedynie sformułowania „nazwa” i „wersja”, po których następuje miejsce na wpisanie stosownych danych.

Odwołujący, pomimo pozostającym na nim w postępowaniu odwoławczym w tym względzie ciężarze dowodowym, nie udowodnił w żaden sposób, w jaki sposób rzekome naruszenie miałyby skutkować nieważnością całej oferty jako niezgodnej z SIWZ.

W ocenie Izby, nie jest możliwe jednoznaczne stwierdzenie niezgodności oferty Wykonawcy CPD System sp. z o.o. z treścią SIWZ, gdyż SIWZ nie zawierała postanowień, których ewentualne naruszenie miałyby nastąpić. Trudno jest twierdzić na tej podstawie, iż możliwe jest naruszenie zasad wpisywania danych przez wpisywanie tych danych, skoro sposób wpisywania nie został w żaden sposób zindywidualizowany. Nie jest takim zindywidualizowaniem również treść innych tabel, co jest oczywiste, w braku stosownych zapisów SIWZ to regulujących. Skoro wykonawcom pozostawiono swobodę co do sposobu określenia wersji oprogramowania, nie można im czynić zarzutu, że określili ją czy to przez odwołanie do aktualnej wersji, czy do numeru seryjnego, kodu źródłowego, czy w inny sposób, ponieważ Zamawiający w żaden sposób nie wskazał w SIWZ, w jaki sposób ma to nastąpić.

W ocenie Izby za bezpodstawny należy uznać także zarzut, dotyczący odpowiedniej ilości czytników kart do szaf.

Zamawiający wymagał dostarczenia szaf stelażowych 19” o wysokości 47U w kolorze czarnym w ilości 15 sztuk, z czego co najmniej 2 muszą mieć możliwość zainstalowania urządzeń typu Cisco Nexus 7009. Głębokość szaf ma wynosić 1200 mm, a szerokość maksymalnie 800 mm. Przednie oraz tylne drzwi szaf 47U muszą być wyposażone w zamek otwierany: kluczem, a także przy pomocy kart zbliżeniowych wykorzystywanych w istniejącym systemie kontroli dostępu (SKD), a także zdalnie przez administratora SKD. Zamawiający wymagał, aby wykonawca zastosował czytniki kart zbliżeniowych na każdych drzwiach (przednich oraz tylnych) dla każdej z dostarczonych szaf.

W treści złożonej oferty Przystępujący wskazał, iż oferta obejmuje komplet czytników kart zbliżeniowych. W ocenie Izby pojęcie komplet oznacza, że czytniki zostaną dostarczone w pełnej, wymaganej ilości. Nie sposób dopatrzeć się w oświadczeniu Przystępującego niezgodności z treścią SIWZ. Wykonawca, wobec takiego złożonego przez siebie oświadczenia, jest zobowiązany dostarczyć liczbę czytników odpowiadającą wymaganiom SIWZ. W sytuacji zaś wątpliwości, Zamawiający miałby możliwość wyjaśnienia lub upewnienia się co do rzeczywistej liczby czytników. W ocenie Izby, nie sposób dopatrzeć się jednak bezpośredniej niezgodności z wymaganiami SIWZ.

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i bezpodstawnego przyjęcia przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oferty Wykonawcy CPD System sp. z o. o. w zakresie oferowanego rozwiązania, w sytuacji, gdy podmiot ten nie udowodnił przed Zamawiającym, że zastrzeżone przez niego części oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 7 kwietnia 2016 r. skierował zapytanie do Wykonawcy CPD System sp. z o.o., w którym wezwał ww. Wykonawcę do wyjaśnień, czy zaoferowane w ofercie modele szaf spełniają wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego w załączniku nr 3 do SIWZ. Wykonawca udzielił odpowiedzi, w treści której przedstawił własne wyjaśnienia, informację ZPAS S.A., a także załącznik, który został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. W załączniku znalazły się informacje dotyczące elementów oferowanych szaf. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Wykonawca CPD System sp. z o.o. wskazał, że: „właściwy dobór odpowiednich komponentów technologicznych jest kluczową umiejętnością firmy, odpowiadającą za sukcesy lub porażki we współzawodnictwie z innymi podmiotami na bardzo konkurencyjnym rynku szczególnie w przypadku rozwiązań projektowanych i budowanych pod konkretne zamówienia w celu jego optymalizacji jakościowej i kosztowej.” W dalszej części, Wykonawca opisał przesłanki ustawowe, kiedy informacja może zostać objęta tajemnicą przedsiębiorstwa wraz z ogólnymi stwierdzeniami.

W ocenie Izby, nie zachodzą przesłanki do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załącznika do pisma Wykonawcy CPD System sp. z o.o., opisującego elementy oferowanych przez tego Wykonawcę szaf. Wskazać należy, że stosownie do 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 przepisu tego wynika, że to wykonawca jest zobowiązany wykazać Zamawiającemu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, Wykonawca CPD System sp. z o.o. nie wykazał, że zostały spełnione przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem załącznika zawierającego szczegółową specyfikację oferowanych szaf.

Zasadą postępowania, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość wyłączenia jawności postępowania i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, przewidzianych w ustawie. Możliwość wyłączenia jawności

postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym, gdy nie zdecydował się na odtajnienie dokumentów.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym 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. Wszystkie te przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Zatem, aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona posiadać łącznie trzy cechy: mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, być tajemnicą, co oznacza, że nie została ujawniona do publicznej wiadomości, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Wykonawca CPD System sp. z o.o. nie wykazał zaistnienia żadnej z tych przesłanek. Przedstawił jedynie krótkie pismo, zawierające hasła, które w żadnym razie nie może być uznane za dowiedzenie spełnienia ustawowych przesłanek. Wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy. Nadto brak jest jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, że Wykonawca rzeczywiście dokonał działań zmierzających do zachowania poufności tego dokumentu. Wykonawca nie wyjaśnił także, na czym polega wartość handlowa informacji, zawartych w dokumencie, którego poufność zastrzegł.

Biorąc pod uwagę powyższe, wyjaśnienia wykonawcy nie mogą być uznane za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto należy zauważyć, że Wykonawca na etapie składania ofert nie zastrzegł poufności zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Tym bardziej nie jest uzasadnione zastrzeżenie informacji dotyczących tego produktu na etapie badania ofert.

Dodatkowo podkreślić należy, że w treści załącznika wyszczególniono nazwy szaf oraz poszczególne ich składniki, co nie stanowi żadnej szczególnej, chronionej informacji. Wykonawca nie wykazał, że przedstawione rozwiązanie jest czymś, co stanowi rozwiązanie

oryginalne i do czego dostęp mają nieliczni, a także że strona podjęła określone działania w celu zabezpieczenia przed nieuprawnionym dostępem do tych informacji. Oferowane urządzenia – informacje o nich są ogólnie dostępne, powszechnie publikowane, w szczególności w różnych specyfikacjach technicznych, ulotkach produktów lub na stronach internetowych. Twierdzenie Wykonawcy CPS System sp. z o.o., że „właściwy dobór odpowiednich komponentów technologicznych jest kluczową umiejętnością firmy, odpowiadającą za sukcesy lub porażki we współzawodnictwie z innymi podmiotami na bardzo konkurencyjnym rynku szczególnie w przypadku rozwiązań projektowanych i budowanych pod konkretne zamówienia w celu jego optymalizacji jakościowej i kosztowej” jest ogólnikowe, mógłby je przedstawić każdy wykonawca. Współzawodnictwo jest zupełnie naturalnym elementem w przetargu.

Trafnie zauważył Odwołujący, że nie są to poufne rozwiązania techniczne, skoro rozwiązania są funkcjonalnie jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie i zostały narzucone w SIWZ. Nie mogą zostać zatem uznane za poufne, skoro znają je wszyscy wykonawcy i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Oferowane przez w/w wykonawcę produkty, mogą być dostępne na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a ich producenci powszechnie udostępniają opisy swoich rozwiązań i cenniki swoich produktów. Wykonawca CPD System sp. z o. o. zastrzegł w postępowaniu tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wykazu sprzętu, którego nie jest producentem (twórcą). Jedynie nabywa określone produkty od producentów tych produktów. Samo wyszczególnienie typu/modelu, nazwy producenta, zestawienia elementów, nie narusza know - how Wykonawcy CPD System sp. z o. o. Wykaz sprzętu oferowanego w postępowaniu sposób nie świadczy o wiedzy technicznej i technologicznej oferenta, w szczególności, gdy wymagania zostały określone w treści SIWZ, a wykonawca miał jedynie w wyjaśnieniach potwierdzić spełnienie wymagań.

Oferowane produkty w otwartej procedurze przetargowej są jawne. Nie można mówić o poniesieniu przez Wykonawcę szkody, skoro informacje staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy.

Ponadto należy zauważyć, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może być dokonane, jednakże nie później niż w terminie składania ofert. W niniejszym postępowaniu Wykonawca

CPD System sp. z o.o. nie zastrzegł w dniu składania ofert tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie oferowanego produktu. Zastrzegł dokument wyjaśnień, złożony po terminie składania ofert, na etapie badania ofert przez Zamawiającego.

Przedstawione przez Wykonawcę CPD System sp. z o.o. w trakcie rozprawy pismo, opisujące procedurę w zakresie utajniania dokumentów, nie stanowi dowodu w niniejszym postępowaniu. Jak zostało wskazane wcześniej, Wykonawca jest zobowiązany wykazać wobec Zamawiającego skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem to wobec Zamawiającego Wykonawca winien przedstawić wszystkie dokumenty, nie zaś dopiero w trakcie postępowania odwoławczego. Jedynie na marginesie należy wskazać, że przedstawiony dokument niczego nie udowadnia. Jest jedynie spisem czynności, nie zaś dowodem na rzeczywiste powzięcie jakichkolwiek działań w przedsiębiorstwie Wykonawcy w stosunku do tego konkretnego, utajnionego dokumentu.

Z powyższych względów należało uznać, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w dokumencie stanowiącym część wyjaśnień, dotyczącym szczegółowego zastawienia elementów oferowanych szaf, było nieskuteczne. Tym samym dokument podlega ujawnieniu.

Stosownie do 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. W ocenie Izby, sama czynność Zamawiającego polegająca na odtajnieniu dokumentu nie wpłynie na wynik postępowania. Z tych względów, Izba nie uwzględniła odwołania i nie nakazywała Zamawiającemu dokonania czynności odtajnienia dokumentu stanowiącego część wyjaśnień Wykonawcy CPD System sp. z o.o. z dnia 8 kwietnia 2016 r., dotyczącego szczegółowego zastawienia elementów oferowanych szaf.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....