

WYROK
z dnia 30 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Comtegra S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 474 (02-884 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendę Główną Policji** z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 148/150 (02-624 Warszawa)

przy udziale wykonawcy **IT Solution Factor Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Popularnej 4/6 (02-473 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia treści wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny złożonych przez IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mimo tego że nie stanowiły one tajemnicy przedsiębiorstwa oraz ww. wykonawca nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek uprawniających do zastrzeżenia informacji w toku postępowania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności z dnia 3 grudnia 2019 r. polegającej na wyborze w zakresie zadania nr 1 jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a w ramach powtórzonych czynności – odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 7 października 2019 r. wraz z załącznikiem nr 1 złożonych przez ww. wykonawcę w zakresie odnoszącym się do zadania nr 1;
2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego **Komendę Główną Policji** z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i wykonawcę **Comtegra S.A.** z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i;

- 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Comtegra S.A.** z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od zamawiającego **Komendy Głównej Policji** z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy **Comtegra S.A.** z siedzibą w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” na *Zakup wsparcia technicznego producenta (subskrypcji) dla oprogramowania Red Hat Enterprise Linux oraz VMware* (numer sprawy: 204/BŁil/19/ESz), zwane dalej „postępowaniem”. Postępowanie zostało podzielone na dwie części (zadania).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2019 r., pod numerem 2019/S 155-381800.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 13 grudnia 2019 r. wykonawca Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie zakresie zadania nr 1, dotyczącego zakupu oprogramowania Red Hat Enterprise Linux, w którym wskazał, że przez opisane poniżej czynności i zaniechania zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „ITSF”), mimo że oferta ta jest sprzeczna z treścią SIWZ;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ITSF z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty ITSF za odrzuconą, pomimo że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, oraz pomimo że wykonawca ITSF w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 Pzp w zw. z art. 22a ust. 2 Pzp w zw. z art. 22a ust. 3 Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie wezwania ITSF do zastąpienia podmiotu, na którego potencjał powołał się wykonawca, do wskazania innego podmiotu;

- 4) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania ITSF do uzupełnienia złożonego wykazu dostaw w sytuacji gdy pierwotny wykaz nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień składanych przez ITSF, mimo że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykonawca ITSF nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek uprawniających do zastrzeżenia informacji w toku postępowania.

W związku z opisanymi zarzutami oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 Pzp, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty ITSF jako najkorzystniejszej;
- 2) ponowne dokonanie czynności oceny ofert, w tym:
 - odrzucenie oferty ITSF jako sprzecznej z treścią SIWZ;
 - wykluczenie ITSF z udziału w postępowaniu z uwagi na wprowadzanie zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, oraz z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
 - wezwanie ITSF do zastąpienia podmiotu, na którego potencjał powołał się wykonawca, do wskazania innego podmiotu;
 - wezwanie ITSF do uzupełnienia złożonego wykazu dostaw w sytuacji gdy pierwotny wykaz nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
 - odtajnienie (ujawnienie) i niezwłoczne udostępnienie odwołującemu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ITSF, tj. wyjaśnienia wykonawcy ITSF z dnia 7 października 2019 r. oraz z dnia 15 października 2019 r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego jego interes w uzyskaniu zamówienia może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami Pzp i należycie zbadałby oraz ocenił wszystkie oferty w postępowaniu, to dokonałby odrzucenia oferty ITSF z postępowania w części 1. Następnie odwołujący podniósł, że przez zaniechanie odrzucenia oferty ITSF oraz wykluczenia go z udziału w postępowaniu, względnie wezwania do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem i wezwania do uzupełnienia złożonego wykazu dostaw, zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe – ocenie odwołującego – stanowiło wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Pzp

niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie.

Odnośnie zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołujący wskazał, że oferty wykonawcy ITSF doprowadziła go do wniosku, że oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ w następującym zakresie:

a) przedmiotem oferty nie było zapewnienie wsparcia technicznego producenta

W tym kontekście odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ zamawiający wymagał zaoferowania w ramach części 1 postępowania, wsparcia technicznego producenta (subskrypcji) dla oprogramowania Red Hat Enterprise Linux. Zamawiający wskazał przy tym jednoznacznie, że realizacja zamówienia będzie polegała na zapewnieniu wsparcia technicznego producenta dla wskazanych w załączniku nr 2 subskrypcji. Nie powinno ulegać wątpliwości, że żądanie zaoferowania wsparcia technicznego producenta należy rozumieć jako zapewnienie wsparcia technicznego firmy Red Hat. Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta obejmuje wsparcie techniczne (subskrypcje) wskazane jednoznacznie przez zamawiającego. Tym samym aby złożyć ofertę zgodną z treścią SIWZ należało zaoferować następujące wsparcie techniczne:

- Red Hat Enterprise Linux for Virtual Datacenters, Standard;
- Red Hat Enterprise Linux Server, Premium (Physical or Virtual Nodes);
- Red Hat Enterprise Linux for Virtual Datacenters, Premium;
- Red Hat Enterprise Linux Server, Premium (Physical or Virtual Nodes).

Nie powinno przy tym ulegać wątpliwości, że oferta złożona przez ITSF nie dotyczyła wskazanego powyżej wsparcia a obejmowała następujące subskrypcje pochodzące od firmy HPE:

- HPE Red Hat Enterprise Linux Virtual DataCenter;
- HPE Red Hat Enterprise Linux Server;
- HPE Red Hat Enterprise Linux Virtual DataCenter;
- HPE Red Hat Enterprise Linux Server.

W ocenie odwołującego nie ulegało przy tym wątpliwości, że firma HPE nie jest producentem oprogramowania Red Hat, a fakt posiadania zawartej pomiędzy HPE a Red Hat umowy nie może mieć wpływu na ocenę zgodności treści oferty z treścią SIWZ. W ocenie odwołującego fakt, że wsparcie będzie widniało na koncie zamawiającego, tak jak wskazał to odrębnym wymaganiu nie zmienia faktu, że usługa wsparcia świadczona będzie przez podmiot inny niż producent, a zatem niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. W ocenie odwołującego warunki świadczenie usługi wsparcia przez firmę Red Hat jednoznacznie regulują, że wsparcia tego nie realizuje żaden podmiot trzeci.

b) przedmiotem oferty nie było zapewnienie 3-letniego okresu wsparcia od daty zawarcia umowy z ITSF

W zakresie tej części zarzutu odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ zamawiający wymagał zaoferowania w ramach części 1 postępowania, wsparcia technicznego producenta (subskrypcji) dla oprogramowania Red Hat Enterprise Linux. Zamawiający wskazał przy tym jednoznacznie, że realizacja zamówienia będzie polegała na zapewnieniu wsparcia technicznego producenta dla wskazanych w załączniku nr 2 subskrypcji. Jednocześnie zaznaczono, że realizacja zamówienia będzie polegała na zapewnieniu wsparcia od dnia 01.12.2019 r. do dnia 31.12.2022, a w przypadku zawarcia umowy po 01.12.2019 r wsparcie techniczne ma być zapewnione na okres 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W ocenie odwołującego w przypadku wsparcia producenta HPE nie ma możliwości ustalenia terminu obowiązywania wsparcia jak wymaga tego zamawiający a początek 3-letniego okresu uzależniony jest od złożenia zamówienia na zakup przez wykonawcę, przez co nie ma możliwości zapewnienia ciągłości subskrypcji na kontach wskazanych przez zamawiającego.

Jeśli chodzi o zarzut podniesiony w pkt 2 odwołujący wskazał, że w rozdziale VI ust. 1 pkt 1 SIWZ zamawiający wskazał, że celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca musiał wykazać co najmniej 1 zamówienie polegające na zapewnieniu świadczenia usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania standardowego Red Hat Enterprise Linux o wartości nie mniejszej niż 250 000 zł brutto. W treści wykazu usług ITSF złożył oświadczenie o spełnianiu warunku poprzez realizację zamówienia polegającego na zapewnieniu świadczenia usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania standardowego Red Hat Enterprise Linux wykonywane na rzecz IT Serwis Sp. z o.o., co jest niezgodne z treścią przedłożonej referencji. Treści referencji zdaniem odwołującego potwierdza, że podmiot trzeci – Veracomp S.A. dokonał dostawy licencji na oprogramowanie Red Hat Enterprise Linux na rzecz IT Serwis Sp. z o.o., nie zaś wymaganego zapewnienia usługi wsparcia. Tym samym treść wykazu usług złożonego w postępowaniu oświadcza nieprawdę, co miało istotny wpływ na wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 3 odwołujący stwierdził, iż w jego ocenie treść zobowiązania podmiotu trzeciego – Veracomp S.A. do udostępnienia swojego potencjału nie zapewnia realnego jego udostępnienia. Podmiot trzeci Veracomp w ocenie odwołującego wskazał, że udostępnienie posiadanych przez niego zasobów będzie miało miejsce poprzez zapewnienie możliwości konsultacji z Product Managerem na rzecz zamawiającego. Co więcej zakres konsultacji ograniczono do 1 godziny dziennie pomiędzy 09:00 a 17:00. W ocenie odwołującego taki sposób udostępnienia potencjału nie zapewnia realnego jego

przekazania w zakresie określonym w warunkach udziału w postępowaniu. Fakt umożliwienia konsultacji w żaden sposób nie wpływa na wiedzę i doświadczenie w postaci zapewnienia wsparcia dla konkretnego oprogramowania. Wsparcie już zapewnione przez wykonawcę nie będzie bowiem świadczone przez wykonawcę, który zawrze umowę z zamawiającym, a winno być świadczone przez producenta oprogramowania, tj. firmę Red Hat. Powyższe, w ocenie odwołującego, skutkowało koniecznością zastosowania art. 22a ust. 6 Pzp i wezwaniem ITSF do zastąpienia podmiotu, na którego potencjał powołał się wykonawca, do wskazania innego podmiotu spełniającego warunki udziału w postępowaniu.

Co do zarzutu opisanego w pkt 4 odwołujący podniósł, że w rozdziale VI ust. 1 pkt 1 SIWZ zamawiający wskazał, że celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca musiał wykazać co najmniej 1 zamówienie polegające na zapewnieniu świadczenia usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania standardowego Red Hat Enterprise Linux o wartości nie mniejszej niż 250 000 zł brutto. W razie nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 2 uzasadnienia odwołania, odwołujący wskazał, że ITSF nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu powołując się na dostawę licencji oprogramowania, nie zaś zapewnienia wsparcia technicznego dla tego oprogramowania. Odwołujący wyjaśnił, że z ostrożności w razie przyjęcia strategii procesowej przez ITSF, iż referencja nie dotyczy usługi wsparcia wskazanej w treści wykazu dostaw, podniósł zarzut zaniechania wezwania ITSF do przedłożenia dokumentu, z którego wynikać będzie należyte wykonanie usługi zapewnienia wsparcia dla oprogramowania standardowego Red Hat Enterprise Linux.

Przechodząc do ostatniego ze wskazanych w odwołaniu zarzutów odwołujący wskazał, że nie ulegało wątpliwości, iż zamawiający nie przekazując odwołującemu wyjaśnień ITSF z dnia 7 października 2019 r. oraz 15 października 2019 r. respektował zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez tego wykonawcę i mimo jednoznacznego ustawowego obowiązku nie udostępnił odwołującemu zastrzeżonych dokumentów i informacji.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. 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. Kwestia powyższa nie budzi żadnych wątpliwości w orzecznictwie KIO. Jako przykład odwołujący przytoczył w tym zakresie fragment orzeczenia Izby z 2 marca 2015 r., sygn. akt KIO 279/15.

Ponadto odwołujący wyjaśnił, że w orzecznictwie KIO nie budzi też żadnych wątpliwości, iż zasada jednoczesnego wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązuje także w przypadku zastrzegania dokumentów składanych na późniejszym etapie postępowania, np. wyjaśnień ceny. Na potwierdzenie tego odwołujący przytoczył treść wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2322/16.

Następnie odwołujący podkreślił, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp wymaga wykazania przez wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie tylko uzasadnienia. Na powyższą okoliczność odwołujący przywołał kolejne fragmenty wyroków Izby: z 30 września 2016 r., sygn. akt KIO 1743/16, z 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15 oraz z 4 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 84/16.

Odnosząc powyższe wypowiedzi Izby do niniejszej sprawy odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ITSF zawarł w większości orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz ogólniki bez poparcia ich jakimikolwiek dowodami. Tymczasem jak się podkreśla w orzecznictwie KIO tajemnica przedsiębiorstwa musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakiś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (tak np. w wyroku z 10 maja 2018 r., sygn. akt 783/18). Odwołujący stwierdził, że w niniejszej sprawie wykonawca ITSF nie wyjaśnił zamawiającemu ani nie wykazał, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzeżone informacje pozostaną niejawnie. Odwołujący zwrócił także uwagę, że nie sposób też nie zauważyć, iż powyższe uzasadnienie nie dotyczyło konkretnie zastrzeganych informacji, a było ogólnym wzorem stosowanym zapewne w każdym przypadku. Ponadto generalnie argumentacja użyta przez wykonawcę ITSF w ogóle nie przystawała do kwestii, o które zamawiający zapytał w wezwaniu do wyjaśnień treści oferty z dnia 11 października 2019 r. Co więcej, wykonawca ITSF nie wykazał, iż jego twierdzenia odpowiadają rzeczywistości. Wykonawca ITSF – zdaniem odwołującego – nie przedstawił żadnych dowodów, na podjęte kroki mające na celu zachowanie informacji w poufności. Tymczasem takie wykazanie powinno nastąpić jednocześnie z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa (wyrok z 4 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 84/16).

Podsumowując odwołujący stanął na stanowisku, że w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy nie było żadnych wątpliwości, iż zamawiający winien odtajnić (ujawnić) dokumenty i informacje stanowiące wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oraz treści złożonej oferty.

Niezależnie od powyższego w ocenie odwołującego zachodziły co najmniej uzasadnione

podejrzenia, że ww. dokumenty i informacje zastrzeżone przez wykonawcę ITSF nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie było i jest bezpodstawne.

Odwołujący zwrócił uwagę, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. 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. W ocenie odwołującego dokumenty i informacje zastrzeżone przez wykonawcę ITSF nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) zamawiający winien je odtajnić. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie w jaskrawy sposób naruszyło obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Odwołujący wyjaśnił, że powszechną praktyką wykonawców jest zastrzeżenie wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Tymczasem w świetle orzecznictwa KIO w znakomitej większości wypadków brak jest jakichkolwiek podstaw do dokonywania takiego zastrzeżenia, gdyż informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie wykonawcy dokonując ich zastrzeżenia nie wykazali, że zastrzegane informacje to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Tytułem przykładu odwołujący zwrócił uwagę na stanowisko KIO wyrażone w następujących orzeczeniach: wyroku z 26 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2360/14, wyroku z 7 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2184/14, KIO 2185/14, wyroku z 14 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1866/13 oraz szeregu innych.

Odwołujący podkreślił również, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał. Powyższe potwierdza jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z 14 października 2014 r., sygn. akt KIO 1833/14).

Reasumując powyższą argumentację odwołujący stwierdził, że zaniechanie przez zamawiającego zweryfikowania podstaw zastrzeżenia przez wykonawcę ITSF wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz treści oferty, stanowi poważne naruszenie przepisów Pzp. Jest bowiem bardzo prawdopodobne, że zastrzeżone dokumenty i informacje nie zawierają żadnych informacji, które zasługiwałyby na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. W

ocenie odwołującego było oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez wykonawcę ITSF 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 i jej zgodności z treścią SIWZ, a poprzez bezprawne zastrzeżenie wykonawca ITSF chciał uniemożliwić innym wykonawcom sprawdzenie, czy faktycznie uczynił zadość obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny (w tym zakresie odwołujący przywołał fragment wyroku Izby z 28 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1483/15).

Dodatkowo odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecznictwem KIO jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzega się konkretne informacje a nie dokumenty. Na potwierdzenie tego wskazał na wyroki Izby z: 2 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1745/13 oraz 12 grudnia 2014 r., sygn. akt 2520/14. Także z tego względu – ocenie odwołującego – nie sposób było zaakceptować zastrzeżenia przez wykonawcę ITSF wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz treści złożonej oferty w całości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w formie ustnej wskazując, iż wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego – ITSF – w dniu 23 grudnia 2019 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący braku zapewnienia wsparcia producentkiego ITSF wyjaśnił, że brak zapewnienia producentkiego wsparcia odwołujący wywiódł z faktu umieszczenia w załączniku nr 2 skrótu „HPE” przed nazwami zaoferowanego oprogramowania, co rzekomo świadczyć miało o tym, że zaoferowane wsparcie nie jest wsparciem producenta, a wsparciem Hewlett Packard Enterprise (dalej jako: „HPE”). Zarzut ten w ocenie ITSF był jest całkowicie chybiony. ITSF zwrócił uwagę, że pozostawało poza sporem, iż przedmiotem zamówienia było zapewnienie wsparcia producenta określonych w SIWZ licencji. Poza sporem było także to, że ich producentem jest Red Hat Inc. (dalej jako „Red Hat”). Powyższe jednak nie oznaczało, że produkt w postaci wsparcia producenta zawsze nabywany jest bezpośrednio od Red Hat. Praktycznie wszyscy znaczący producenci (bez względu na to czy oferują produkty typu open source, czy klasyczne „zamknięte” oprogramowanie) sprzedają swe produkty zarówno samodzielnie (w tym przez swe spółki zależne), jak i poprzez dystrybutorów. Takim dystrybutorem produktu Red Hat (serwisu

producentki) jest m.in. HPE. Fakt nabycia produktu od dystrybutora (tu HPE) w żaden sposób nie przekreśla tego, że jest to produkt / usługa producenta. Nie ma także żadnego znaczenia dopisek w kodzie (part number) produktu HPE, albowiem każdy dystrybutor może samodzielnie i poniekąd dowolnie w ramach swojej oferty określać handlowo produkty. W tym wypadku ów dopisek oznaczał tylko i wyłącznie to, że ten produkt jest kupowany za pośrednictwem dystrybutora jakim jest HP. Co istotne zarejestrowanie tego wsparcia na koncie producenta jednoznacznie przesądza o tym, że jest to wsparcie producenta, albowiem Red Hat (jak zresztą także i żaden inny producent) nie rejestruje na swych kontach usługi wsparcia „nieproducentki”.

W ocenie ITSF także drugi zarzut tj. braku zapewnienia 3-letniego okresu wsparcia jest nieuzasadniony (na marginesie ITSF podkreślił, że sformułowanie tego zarzutu było tak dalece ogólne, że czyniło ten zarzut niezrozumiałym). ITSF wskazał, że zapewnił wsparcie producenta od dnia 1.12.2019 r. do dnia 31.12.2022 r., a w przypadku zawarcia umowy po 1.12.2019 r wsparcie techniczne ma być zapewnione na okres 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wprowadzenia zamawiającego w błąd ITSF wyjaśnił, że w pierwszej kolejności, należy podkreślić, że zgodnie z §2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126; dalej jako: „Rozporządzenie”), w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania, podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należyście. Za takie dowody Rozporządzenie uznaje referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były realizowane. Z powyższego wynika, że w niniejszym postępowaniu zamawiający na okoliczność udowodnienia posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej (warunek określony w ust. VI pkt 1 ppkt 1) SIWZ) może wymagać od wykonawcy przedstawienia następujących dokumentów:

- wykazu usług – na okoliczność tego jakie usługi i o jakiej wartości zrealizował;
- referencji – na okoliczność prawidłowego wykonania tych prac.

A contrario, zamawiający nie może żądać, aby referencje wykazywały spełnienie warunku określonego w SIWZ. Powyższe zostało również wielokrotnie potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą, która wskazała, że „dokument referencji (lub jakikolwiek inny dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych usługi lub dostawy) nie służy w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Dokument referencji służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia” (por. wyrok KIO z 7 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1092/09, wyrok KIO z 25 lutego 2010 r. sygn. akt KIO 147/10, wyrok KIO z 30 marca 2018 r. sygn. akt KIO 497/18 czy wyrok KIO z 19 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1190/16).

W ocenie ITSF w świetle przytoczonego powyżej orzecznictwa KIO należy stwierdzić, że - wbrew stanowisku odwołującego - przedłożone przez ITSF referencje w żaden sposób nie stały w opozycji do złożonego wykazu prac i nie dały podstaw do kwestionowania spełnienia warunku niezbędnego doświadczenia.

Ponadto ITSF wyjaśnił, że w kwestii tego zarzutu, należy odwołać się do powszechnie znanych wszystkim uczestnikom rynku praktyk rynkowych, dotyczące także oprogramowania Red Hat. Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że sprzedaż specjalistycznego oprogramowania jakim jest Red Hat, nie odbywa się w praktyce obrotu bez tzw. „support'u” czyli usług wsparcia technicznego. Oznacza to, że każdorazowo sprzedając oprogramowanie, dystrybutor jednocześnie wraz z nim zapewnia wsparcie producenta (na różny okres czasu, przy czym minimum to 12 m-cy). Co istotne jest to wsparcie producenta licencji (tu Red Hat), a nie sprzedawcy tych licencji. Powyższa praktyka miała miejsce także w przypadku dostawy licencji oprogramowania Red Hat na rzecz IT Serwis sp. z o.o., które zostało potwierdzone referencjami. Wraz z dostawą oprogramowania, Veracomp S.A. (podmiot udostępniający zasób) zapewnił wsparcie techniczne producenta, czyli Red Hat. W konsekwencji bezzasadne są zarzuty zarówno rzekomego wprowadzenia zamawiającego w błąd, jak zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku możliwości zapewnienia wsparcia technicznego przez wskazany podmiot trzeci, ITSF wyjaśnił, że wbrew temu co twierdził odwołujący, z treści zobowiązania do udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów udzielonego przez Veracomp S.A. nie wynikało, że konsultacje będą się ograniczały do 1 godziny dziennie. ITSF zwrócił uwagę, że na str. 2 ww. dokumentu Veracomp wskazał, iż ITSF w trakcie wykonywania zamówienia, będzie uprawniony do korzystania z konsultacji przez 1 godzinę dziennie jednak w uzasadnionych przypadkach liczba ta może ulec zmianie. W żadnym wypadku nie można stwierdzić, że intencją podmiotu trzeciego było tutaj udzielanie konsultacji wyłącznie przez 1 godzinę dziennie. W żadnym miejscu tego dokumentu nie zastrzeżono, że niewykorzystane godziny nie mogłyby ulegać kumulacji. Co więcej ITSF wskazał, że udział Veracomp w żaden sposób nie ograniczał się do konsultacji Product Menagera, albowiem jak wskazano w oświadczeniu o udostępnieniu, udostępniający

zobowiązał się udzielać wszelkiej koniecznej pomocy i informacji niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Jednoznacznie wskazano także, że Veracomp występować będzie jako podwykonawca, a jego udział w realizacji zamówienia będzie miał charakter faktyczny. Reasumując powyższe ITSF stanął na stanowisku, że z oświadczenia Veracomp o udostępnieniu zasobów w żaden logiczny sposób nie można wysnuć wniosku, zgodnie z którym wsparcie techniczne będzie świadczone jedynie przez 1 godzinę dziennie, a w związku z tym nie można także stwierdzić, że usługa ta nie będzie wystarczająca dla zamawiającego. ITSF żadnym razie nie zgodził się także z argumentacją odwołującego, zgodnie z którą, zapewnienie usług wsparcia producenta oprogramowania musi być świadczone wyłącznie przez Red Hat Inc. Treść załącznika nr 2 do SIWZ wyraźnie wskazywała, że wykonawca miał zapewnić wsparcie techniczne producenta oprogramowania. Wymóg ten nie brzmi zatem, że wykonawca musiał świadczyć producenckie wsparcie techniczne (bo to byłoby wręcz nielogiczne). Zdaniem ITSF słowo „zapewnić” użyte w opisie przedmiotu zamówienia, zatem wskazywało, że może to być dowolny podmiot posiadający wiedzę w zakresie zapewnienia wsparcia producenckiego. Takim podmiotem jest Veracomp S.A. ITSF zwrócił uwagę, że wiedzy i doświadczenia tego podmiotu w tym zakresie nie podważył nawet sam odwołujący.

Co do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa ITSF wyjaśnił, iż poszczególni wykonawcy powinni wykazać, że w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych w ofercie podjęli szereg, odpowiednich działań polegających na zapewnieniu odpowiedniej ochrony tym informacjom. Wykonawca powinien m.in. wykazać, że dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa podjął działania o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym. Zaliczyć do nich można byłoby m.in. ewentualnie wprowadzone przez wykonawcę wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, postanowienia w umowach z pracownikami oraz kontrahentami, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. Zgłaszający przystąpienie powołał się przy tym na wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r. sygn. I CKN 1159/00.

W ocenie ITSF spełnił on wszystkie wymagania i skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, która w żadnym razie nie może zostać ujawniona podmiotowi konkurencyjnemu jakim jest odwołujący w niniejszym postępowaniu.

ITSF wyjaśnił, że zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do stosowanej polityki cenowej oraz danych dotyczących sposobu świadczenia usług wsparcia technicznego pismami z dnia 7 października 2019 r. i 15 października 2019 r. Zwrócił uwagę, że polityka cenowa firmy, w sposób istotny wpływa na konkurencyjność na danym rynku – posiada zatem nieocenioną nominalnie wartość gospodarczą, której nie sposób jest przedstawić za

pomocą liczb bezwzględnych. Ujawnienie informacji dotyczącej rodzaju i sposobu prowadzenia polityki cenowej w sposób istotny zmniejszyłoby jego konkurencyjność na rynku. Łatwo bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której inne konkurencyjne podmioty dostosowałyby swoją politykę cenową w ten sposób wpływając na sytuację rynkową ITSF. Podmioty konkurencyjne mogłyby bowiem stosować mniejsze upusty w odniesieniu do kontrahentów ITSF, wykorzystać przewidywany sposób zwrotu zakupu licencji itp. ITSF wyraźnie podkreślił, że stosowana polityka cenowa, nie jest informacją ogólnodostępną, bowiem poszczególne elementy składające się na nią zawarte są w umowach oraz dokumentach księgowych, które nie są ujawniane publicznie. ITSF podniósł, że wskazał w ww. wyjaśnieniach sposób w jaki zabezpieczył informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zapoznanie się z nimi wymagałoby bowiem przełamania zabezpieczeń fizycznych, technologicznych oraz prawnych (np. w postaci narażenia się na konieczność zapłaty wysokich kar umownych). W związku z powyższym, zdaniem ITSF w żaden sposób nie można podzielić argumentacji odwołującego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa utrudnia innym wykonawcom możliwość uzyskania informacji dotyczącej ceny.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania oraz dowody przedstawione na posiedzeniu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę – IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym” lub nadal: „ITSF”).

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na nośniku typu płycie CD, nadesłanej do akt sprawy w dniu 19 grudnia 2019 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:
 - ogłoszenia od zamówieniu;
 - SIWZ wraz z załącznikami;

- formularza ofertowego złożonego przez przystępującego;
- zobowiązania firmy Veracomp S.A. do udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, załączonego do oferty przystępującego;
- wezwania do wyjaśnień z dnia 24 września 2019 r. skierowanego do przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnień przystępującego z dnia 27 września 2019 r. złożonych w odpowiedzi na ww. wezwanie;
- wezwania do wyjaśnień z dnia 2 października 2019 r. w zakresie rażąco niskiej ceny, skierowanego do przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnień przystępującego z dnia 7 października 2019 r. złożonych w odpowiedzi na ww. wezwanie (zasadnicza część wyjaśnień została zastrzeżona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa);
- wezwania do wyjaśnień z dnia 11 października 2019 r. skierowanego do przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnień przystępującego z dnia 15 października 2019 r. złożonych w odpowiedzi na ww. wezwanie (zasadnicza część wyjaśnień została zastrzeżona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa);
- wezwania do wyjaśnień z dnia 21 listopada 2019 r. skierowanego do przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnień przystępującego z dnia 25 listopada 2019 r. złożonych w odpowiedzi na ww. wezwanie;
- wykazu usług z dnia 29 listopada 2019 r. złożonego przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp;
- referencji z dnia 11 września 2019 r. wystawionych przez IT Serwis Sp. z o.o. złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zadania nr 1;
- informacji z dnia 3 grudnia 2019 r. stanowiącej zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1;

2) pisma procesowego odwołującego złożonego na posiedzeniu wraz z następującymi załącznikami:

- korespondencją prowadzoną pomiędzy odwołującym a przedstawicielem firmy Red Hat;
- dokumentem *emea enterprise agreement* wraz tłumaczeniem na język polski;
- informacją o odrzuceniu ofert w postępowaniu nr 163/Błil/18/AP;
- opisem przedmiotu zamówienia w postępowaniu nr 163/Błil/18/AP;
- korespondencją pomiędzy odwołującym a firmą Veracomp;

3) złożonego przez przystępującego na posiedzeniu dokumentu referencji z dnia 11 września 2019 r., wystawionego przez firmę IT Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający sklasyfikował przedmiotowe zamówienie jako dostawy.

W załączniku nr 2 do SIWZ stanowiącym szczegółowy opis przedmiotu umowy zamawiający wskazał m. in.:

Przedmiotem zamówienia jest zakup wsparcia producenta (subskrypcji) dla oprogramowania Red Hat Enterprise Linux oraz VMware.

Realizacja zamówienia będzie polegała na zapewnieniu wersji wsparcia technicznego producenta (subskrypcji) od dnia 01.12.2019 r. do 31.12.2022 r. dla niżej wymienionych produktów (z uwzględnieniem posiadanego wsparcia).

Zamawiający w treści opisu przedmiotu zamówienia wskazał w zamieszczonych tabelach informacje dotyczące posiadanych subskrypcji, ich ilość, datę upływu terminu wsparcia dla poszczególnych subskrypcji, numer kontraktu i subskrypcji. Ponadto zamawiający podał numery kont użytkownika i w przypadku oprogramowania Red Hat były to numery: 974693 i 5382686.

W rozdziale VI SIWZ zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

(...) wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej 1 zamówienia polegającego na zapewnieniu świadczenia usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania standardowego Red Hat Enterprise Linux o wartości nie mniejszej niż 250 000 zł brutto.

Jak wynikało z rozdziału VII ppkt 5.1.1. SIWZ na potwierdzenie ww. warunku wykonawcy mieli złożyć wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte

wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przystępujący w złożonym formularzu ofertowym dla zadania nr 1 zaoferował produkty o następujących nazwach i numerach katalogowych:

- 1) G3J23AAE – HPE Red Hat Enterprise Linux Virtual DataCenter (3 szt.);
- 2) G3J28AAE – HPE Red Hat Enterprise Linux Server (21 szt.);
- 3) G3J22AAE - HPE Red Hat Enterprise Linux Virtual DataCenter (6 szt);
- 4) G3J28AAE - HPE Red Hat Enterprise Linux Server (8 szt.).

W pkt 6 formularza ofertowego przystępujący zawarł następujące oświadczenie:

*Oświadczamy, że zamówienie zamierzam powierzyć **następującym podwykonawcom:** Veracomp S.A. – konsultacje i doradztwo w zakresie wykonanych czynności objętych przedmiotem Zamówienia, a także poprzez udział personelu w realizacji zamówienia na potrzeby jego wykonania.*

Ponadto przystępujący wraz z formularzem ofertowym załączył zobowiązanie firmy Veracomp S.A. do udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Ww. spółka zobowiązała się do udzielenia przystępującemu w celu wykazania spełnienia warunków postępowania zasobów w postaci:

- a) referencji prawidłowego wykonania dostawy oprogramowania Red Hat Enterprise Linux;
- b) know-how i doświadczenia w zakresie realizacji dostawy oprogramowania, w postaci konsultacji Product Managera w przypadku wyboru oferty ITSF jako najkorzystniejszej, zobowiązała się do realizacji zamówienia na zlecenie wykonawcy w zakresie wskazanym w oświadczeniu.

W przedmiotowym zobowiązaniu w zakresie sposobu wykorzystania zasobów firma Veracomp S.A. oświadczyła:

Udostępnienie wyżej przywołanych zasobów w postaci możliwości konsultacji z Product Managerem oraz zdolności technicznych i zawodowych w postaci wiedzy i doświadczenia następować będzie poprzez faktyczny udział w realizacji Zamówienia w taki sposób że Podwykonawca zapewni możliwości konsultacji z Product Managerem na rzecz Zamawiającego w okresie realizacji Zamówienia. Wykonawca w trakcie wykonywania Zamówienia będzie uprawniony do korzystania z konsultacji telefonicznych w dni robocze od poniedziałku do piątku w godzinach 9:00 do 17:00 przez okres wykonania Zamówienia, przy czym jeżeli zakres tych konsultacji będzie większy niż 1 godzinna dziennie wymagana jest uprzednia zgoda Podwykonawcy. Podwykonawca będzie wykonywał następujące świadczenia:

- udział w dostawie oprogramowania, w postaci umożliwienia konsultacji telefonicznych z Product Managerem w zakresie powyżej wskazanym.

Natomiast w części zobowiązania dotyczącej zakresu i udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia ww. firma wskazała:

W przypadku wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, udział Podwykonawcy, będzie trwał przez okres realizacji Zamówienia. W/w zasoby w postaci możliwości konsultacji będą znajdować się w bezpośredniej dyspozycji Wykonawcy w stopniu wymaganym do należytej realizacji Zamówienia.

A ponadto ww. firma oświadczyła, że:

W zakresie wyżej opisanym, zobowiązujemy się udzielać w trakcie postępowania o udzielenie Zamówienia oraz jego realizacji przez Wykonawcę, wszelkiej koniecznej pomocy i informacji niezbędnych do należytego wykonania Zamówienia.

Pismem z dnia 24 września 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień odnośnie następującej kwestii:

Zamawiający prosi o wyjaśnienie czy zaoferowane przez Wykonawcę produkty są objęte wsparciem jakie wymagane jest zgodnie z SIWZ, oraz wskazanie kto będzie świadczył przedmiotowe wsparcie. Jednocześnie, Zamawiający prosi o potwierdzenie czy wykupione wsparcie techniczne producenta (subskrypcji) będzie widoczne na koncie użytkownika Red Hat Account Number 974693 lub 5382686 wymienionym w SIWZ odpowiednio dla produktu RedHat (...).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący złożył pismo z dnia 27 września 2019 r., w którym wyjaśnił:

Zaoferowane produkty są objęte wsparciem wymaganym w SIWZ oraz będą widoczne na koncie użytkownika Red Hat Account Number 974693 lub 5382686 wymienionym w SIWZ odpowiednio dla produktu RedHat (...)

oraz:

Elementy oferty dotyczące oprogramowania Red Hat Enterprise Linux zostaną zakupione w oficjalnym kanale dystrybucji Red Hat – w firmie Hewlett Packard Enterprise. Usługi wsparcia będą świadczone na warunkach i poziomie opisanym w OPZ, oferowanym przez producenta ww. oprogramowania a Hewlett Packard Enterprise na podstawie podpisanych umów z Red Hat jest upoważnione do świadczenia takiego wsparcia (co jest zgodne z warunkami producenta).

Na dowód przedstawiamy oficjalne pismo Red Hat potwierdzające, że Hewlett Packard Enterprise jest upoważnione do sprzedaży subskrypcji Red Hat. Bezspornie pismo wskazane poniżej wskazuje, że zaoferowanie wsparcia do posiadanych licencji Red Hat dostarczane przez Hewlett Packard Enterprise spełnia zasadę warunków oferowanych przez producenta.

W załączonym do wyjaśnień oświadczeniu wskazano m. in., że *Hewlett Packard Enterprise jest partnerem handlowym Red Hat i jako taki jest upoważniony przez Red Hat do wprowadzania na rynek i dystrybucji markowych produktów Red Hat i usług w Polsce zgodnie z umową partnerską i powiązаныmi załącznikami, z dnia 29/30 kwietnia 2015 r.*

Pismem z dnia 2 października 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny.

Przystępujący przekazał odpowiedź pismem z dnia 7 października 2019 r. Przystępujący całą treść pisma zastrzegł jako zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa. W dniu 10 grudnia 2019 r. odwołujący przesłał zamawiającemu zawiadomienie o niezgodnym z obowiązującymi przepisami zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. W dniu 11 grudnia 2019 r. zamawiający przekazał odwołującemu tylko uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 11 października 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez przystępującego dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot spełnia wymagania zamawiającego:

- *Zamawiający wymagał dostarczenia wsparcia producenta (subskrypcji) dla oprogramowania Red Hat Enterprise Linux oraz VMware na okres 3 lat. Zgodnie ze wskazanymi w punkcie 3 Formularza ofertowego B numerami katalogowymi producenta, zaoficerowane przez Państwa produkty posiadają kody, które jednoznacznie wskazują, że jest to wsparcie na okres 1 roku. W związku z powyższym, Zamawiający prosi o wyjaśnienie jak będzie wykupiony suport na wymagany okres czyli do 31.12.2022 oraz w jaki sposób Wykonawca zamierza potwierdzić Zamawiającemu wykupienie wsparcia na cały 36-miesięczny okres przed dokonaniem odbioru przedmiotu umowy*
- *Zamawiający wymagał dostarczenia wsparcia technicznego producenta (subskrypcji) oprogramowania z uwzględnieniem posiadanego wsparcia. Zamawiający prosi o wyjaśnienie jaki dokładnie produkt (nazwa produktu) będzie widoczny na kontach RHEL i VMware Zamawiającego, zgodnie z tabelą zawartą w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ.*

Przystępujący przekazał odpowiedź pismem z dnia 15 października 2019 r. Przystępujący całą treść pisma zastrzegł jako zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa. W dniu 10 grudnia 2019 r. odwołujący przesłał zamawiającemu zawiadomienie o niezgodnym z obowiązującymi przepisami zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. W dniu 11 grudnia 2019 r. zamawiający przekazał odwołującemu tylko uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 21 listopada 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących następującej kwestii:

W załączonej specyfikacji (na stronach od 23 do 25) do Państwa wyjaśnień z dnia 15 października 2019 r. dotyczącej RedHat dla produktu G3J23AAE RHEL Vrtl DC 2 Sckt 1yr9X5 E-LTU w oprogramowaniu zostało wyszczególnione „HPE Software Technical Unlimited Support” oraz HPE Software Updates SVC”. Natomiast dla pozostałych produktów G3J28AAE RHEL Svr 2 Sckt/2 Gst 1yr 24x7 E-LTU jak i dla G3J22AAE RHEL Vrtl DC 2 Sckt 1yr 24x7 E-LTU jest wymienione tylko „HPE Software Updates SVC”, brak jest więc informacji na temat świadczonego wsparcia technicznego „HPE Software Technical Unlimited Support”.

Przystępujący przekazał odpowiedź w dniu 25 listopada 2019 r. W swojej odpowiedzi przystępujący wskazał:

Wszystkie zaoferowane produkty są objęte wsparciem technicznym (tzw. HPE Software Technical Support). Zgodnie z odpowiedziami z dnia 15 października Wykonawca wyjaśniał że terminy jak i support określa nadrzędny kontrakt serwisowy, który jest uruchamiany po zamówienia przez wykonawcę do dystrybucji.

Nie jest możliwym wykupienie u producenta wyłącznie „HPE Software Updates SVC bez wsparcia technicznego (w tym przypadku to „HPE Software Technical UnEimited Support”) . Zgodnie z oficjalną ścieżką realizacji zamówienia Zamawiający otrzyma od autoryzowanego dystrybutora RedHat/VMware potwierdzenie wykupienia serwisu wraz z wymaganym wsparciem technicznym.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów przystępujący złożył „wykaz usług” z dnia 29 listopada 2019 r., w którym na spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dla zadania nr 1 wskazał:

Lp.	Przedmiot zamówienia - opis	Data wykonania od-do (dzień, miesiąc, rok)	Wartość zamówienia (w zł brutto)	Odbiorca zamówienia
1	Realizacja zamówienia polegającego na zapewnieniu świadczenia usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania standardowego Red Hat Enterprise Linux	01.10.2017 r. - 26.10.2017 r.	Powyżej 250 000 zł brutto	IT Serwis sp. z o.o.

Do ww. wykazu przystępujący załączył referencje z dnia 11 września 2019 r. wystawione przez firmę IT Serwis Sp. z o.o. W referencjach wystawca oświadczył, że spółka Veracomp SA w dniu 26 października 2017 roku zrealizowała dla IT Serwis sp. z o.o. dostawę licencji na oprogramowanie Red Hat Enterprise Linux. Wartość dostawy wyniosła powyżej 250 000,00 złotych brutto. Dostawa została zrealizowana należycie.

Informacją z dnia 3 grudnia 2019 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 1. W tej części została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 7 ust. 1 Pzp – *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*
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*
- art. 87 ust. 1 Pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;*
- art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;*
- art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*
- art. 22a ust. 1 Pzp – *Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych;*
- art. 22a ust. 2 Pzp – *Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia;*
- art. 22a ust. 3 Pzp – *Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu*

oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5;

- art. 22a ust. 6 Pzp – *Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:*

1) *zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub*

2) *zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1;*

- art. 22 ust. 1 Pzp – *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:*

1) *nie podlegają wykluczeniu;*

2) *spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania;*

- art. 26 ust. 3 Pzp – *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania;*

- art. 8 ust. 3 Pzp - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu;*

- art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm., zwanej dalej: „uznk”) – *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.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie okazało się zasadne w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia treści wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego, mimo tego że nie stanowiły one tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przystępujący nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek uprawniających do zastrzeżenia informacji w toku postępowania oraz chybione w pozostałym zakresie.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt I odwołania należy wskazać, że odwołujący przywołał dwa elementy:

- a) po pierwsze stanął na stanowisku, iż przedmiotem oferty przystępującego nie było zapewnienie wsparcia technicznego producenta (argumentację w tym zakresie rozwinął także w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu w dniu 23 grudnia 2019 r.);
- b) po drugie stwierdził, iż przedmiotem oferty przystępującego nie było zapewnienie 3-letniego okresu wsparcia od daty zawarcia umowy z przystępującym.

Jeśli chodzi o rozstrzygnięcie Izby w zakresie ww. zarzutu w części wskazanej powyżej w lit.

a) Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności.

Po pierwsze Izba uznała, że jako punkt wyjścia w zakresie rozpoznania tego zarzutu należy wziąć pod uwagę postanowienia opisu przedmiotu zamówienia. Jak wynika z przytoczonych powyżej fragmentów opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że dla zadania nr 1 przedmiotem zamówienia jest zakup wsparcia producenta (subskrypcji) dla oprogramowania Red Hat Enterprise Linux (pierwsze zdanie załącznika nr 2 do SWIZ), a następnie w kolejnym zdaniu wskazał, iż realizacja zamówienia będzie polegała na zapewnieniu wsparcia technicznego producenta (subskrypcji) w określonym terminie dla wymienionych tam produktów. W obu wskazanych powyżej zdaniach przytoczone zostały dwa określenia. W pierwszym zdaniu zamawiający użył określenia *zakup wsparcia technicznego producenta*, natomiast w drugim odnoszącym się do realizacji zamówienia zamawiający wskazał, iż będzie ona polegała na *zapewnieniu wsparcia technicznego producenta*. Należy także wskazać, że zamawiający nie dookreślił w treści dokumentacji przetargowej zakresu udziału producenta przy zapewnieniu takiego wsparcia, ani nie wyłączył możliwości korzystania w jakimkolwiek zakresie z autoryzowanych partnerów producenta.

Po drugie Izba przyjęła stanowisko przystępującego podane w jego piśmie procesowym, które odnosiło się do okoliczności przedstawionych powyżej. W związku z tym Izba uznała,

że w argumentacji zawartej w odwołaniu brak zapewnienia wsparcia producenckiego odwołujący wywiódł z faktu umieszczenia w formularzu ofertowym skrótu „HPE” przed nazwami zaoferowanego oprogramowania, co miało świadczyć o tym, że zaoferowane wsparcie nie jest wsparciem producenta, a wsparciem Hewlett Packard Enterprise (dalej zwanego nadal: „HPE”). W ocenie Izby przystępujący słusznie wyjaśnił, że przytoczone powyżej postanowienia opisu przedmiotu zamówienia nie wymagały nabycia produktu w postaci wsparcia producenta bezpośrednio od Red Hat. Powszechną praktyką, która jest także zauważalna przy okazji postępowań odwoławczych przed Izbą jest to że producenci sprzedają swe produkty zarówno samodzielnie (w tym przez swe spółki zależne), jak i przez autoryzowanych dystrybutorów. Odwołujący nie kwestionował, że takim dystrybutorem produktu Red Hat (serwisu producenckiego) jest m.in. Hewlett Packard Enterprise. Fakt nabycia produktu od dystrybutora w żaden sposób nie przekreśla tego, że jest to produkt czy też usługa producenta. Przyjmując wyjaśnienie przystępującego Izba uznała także, że nie ma znaczenia dopisek w kodzie (part number) produktu HPE, albowiem każdy dystrybutor może samodzielnie i poniekąd dowolnie w ramach swojej oferty określać handlowo produkty. W tym wypadku należało przyjąć, iż ów dopisek oznaczał to, że ten produkt jest kupowany za pośrednictwem dystrybutora jakim jest HPE.

Po trzecie Izba za przystępującym przyjęła, że zarejestrowanie tego wsparcia na koncie producenta jednoznacznie przesądziło o tym, iż jest to wsparcie producenta, albowiem Red Hat nie rejestruje na swych kontach usługi wsparcia „nieproducenckiego”. Izba przyjęła to stwierdzenie za prawdziwe ponieważ z jednej strony odwołujący nie zakwestionował go co jego materii oraz pośrednio potwierdziło je wezwanie z dnia 24 września 2019 r., które zamawiający skierował do przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W wezwaniu tym zamawiający poprosił o wyjaśnienie czy zaoferowane przez przystępującego produkty są objęte wsparciem jakie wymagane jest zgodnie z SIWZ, oraz o wskazanie kto będzie świadczył przedmiotowe wsparcie. Jednocześnie zamawiający poprosił o potwierdzenie czy wykupione wsparcie techniczne producenta (subskrypcji) będzie widoczne na koncie użytkownika Red Hat Account Number 974693 lub 5382686, wymienionym w SIWZ odpowiednio dla produktów Red Hat. Wezwanie to wyraźnie odnosiło się z jednej strony do kwestii dotyczących wsparcia świadczonego przez producenta, a z drugiej do potwierdzenia czy wykupione wsparcie będzie widoczne na kontach wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia. Przedmiotowe wezwanie potwierdza jak istotne było dla zamawiającego wsparcie widoczne na wskazanych numerach kont oraz miało ono swoje odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia, gdyż numery ww. kont zostały tam podane. W odpowiedzi na to wezwanie przystępujący pismem z dnia 27 września 2019 r. udzielił wyjaśnień oraz przesłał załącznik do tych wyjaśnień w postaci pisma producenta, z którego wynikało, że

Hewlett Packard Enterprise jest partnerem handlowym Red Hat i jako taki jest upoważniony przez Red Hat do wprowadzania na rynek i dystrybucji markowych produktów Red Hat i usług w Polsce zgodnie z umową partnerską i powiązаныmi załącznikami. Ponadto odwołujący nie kwestionował czynności zamawiającego wskazanej powyżej, a polegającej na wezwaniu przystępującego do wyjaśnień, ani okoliczności i twierdzeń wynikających z udzielonych przez przystępującego wyjaśnień.

Po czwarte Izba uznała, że dowody złożone w tym zakresie przez odwołującego na posiedzeniu nie potwierdziły jego stanowiska. W zakresie tej części zarzutu odwołujący złożył cztery dowody załączone do pisma z dnia 23 grudnia 2019 r. Były to:

- korespondencja prowadzona pomiędzy odwołującym a przedstawicielem firmy Red Hat;
- dokument *emea enterprise agreement* wraz tłumaczeniem na język polski;
- informacja o odrzuceniu ofert w postępowaniu nr 163/BŁil/18/AP;
- opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu nr 163/BŁil/18/AP.

Pierwsze dwa dowody odnosiły się aktualnych warunków licencyjnych obowiązujących w firmie Red Hat (pierwszy miał potwierdzać, że są one aktualne, a drugi stanowił opis tych warunków). Poprzez przedmiotowy dowód odwołujący zamierzał udowodnić różnice pomiędzy świadczeniem usług wsparcia przez producenta, a takimi usługami świadczonymi przez jego partnera biznesowego. Szczególnie odwołujący zwracał uwagę na punkty od 2.4 do 2.8 załącznika odnoszącego się usług subskrypcji (pkt 2.4 wskazywał, że zdarzają się przypadki, w których niektórzy klienci uzyskują pomoc dotyczącą subskrypcji oprogramowania od autoryzowanej firmy Red Hat Partner, w którym to przypadku partner biznesowy zapewnia wsparcie, a nie Red Hat). Jeśli chodzi o twierdzenia dotyczące tych dwóch dowodów to Izba stanęła na stanowisku, że w pierwszej kolejności ww. pkt 2.4 zawierał niejednoznaczne określenie wskazujące, że *niektórzy klienci* nie uzyskują wsparcia producenta. Odwołujący nie wykazał, że taka sytuacja dotyczy także przystępującego. Ma to o tyle istotne znaczenie, że dowód nr 2 prezentował ogólne warunki licencjonowania w Red Hat, natomiast z przytoczonych powyżej wyjaśnień przystępującego z dnia 27 września 2019 r. oraz załączonego do nich dokumentu wynikało, że pomiędzy Red Hat a Hewlett Packard Enterprise została zawarta umowa partnerska, która mogła te kwestie regulować szczegółowo lub odmiennie. Na okoliczność istnienia tożsamyh regulacji w zakresie zapewnienia wsparcia w umowie partnerskiej z postanowieniami ogólnych warunków licencjonowania produktów Red Hat odwołujący nie przedstawił dowodu.

Pozostałe dwa dowody wymienione powyżej dotyczyły wcześniejszego postępowania na zakup wsparcia technicznego producenta (subskrypcji) dla oprogramowania Red Hat Enterprise Linux oznaczonego nr 163/BŁil/18/AP, prowadzonego przez zamawiającego. Izba uznała, że okoliczności z tamtego postępowania nie miały przełożenia na przedmiotowe

postępowanie w zakresie podnoszonym przez odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, że opis przedmiotu zamówienia tamtego postępowania był odmienny od przedmiotowego. W tamtym postępowaniu zamawiający wskazał, że realizacja zamówienia miała polegać nie na zapewnieniu (jak w obecnym postępowaniu), ale na wykupieniu wsparcia technicznego producenta. O znaczeniu określenia dotyczącego zapewnienia wsparcia Izba wypowiedziała się powyżej. Ponadto nie miała także znaczenia okoliczność, że w tamtym postępowaniu zamawiający odrzucił ofertę ITSF na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym tej czynności zamawiający odnosił się do niespełniania przez przystępującego wymogu, który pojawił się w wyniku modyfikacji treści SIWZ. W wyniku tej modyfikacji zamawiający oczekiwał wykupienia jednakowego poziomu wsparcia dla wszystkich wymienionych produktów bez ograniczenia wsparcia wytwórcy jedynie do poziomu 3. Natomiast ITSF w tamtym postępowaniu – jak wynika z uzasadnienia odrzucenia jego oferty – na wezwanie zamawiającego wyjaśnił, że wsparcie producenta będzie świadczone tylko w zakresie L3, a w zakresie L1 i L2 będzie świadczone przez HPE. W przedmiotowym postępowaniu, jak wskazano powyżej zamawiający nie uszczegółowił zakresu wsparcia producenta, ani nie ustalał wymaganego jego poziomu, zatem powód odrzucenia oferty ITSF we wcześniejszym postępowaniu nie ziścił się w obecnym postępowaniu.

Co do zarzutu wskazanego powyżej w lit. b) to także w ocenie Izby nie znalazł on potwierdzenia. W odwołaniu co do meritum tego zarzutu odwołujący stwierdził jedynie, że w jego ocenie w przypadku wsparcia producenta HPE nie ma możliwości ustalenia terminu obowiązywania wsparcia jak wymaga tego zamawiający a początek 3-letniego okresu uzależniony jest od złożenia zamówienia na zakup przez wykonawcę, przez co nie ma możliwości zapewnienia ciągłości subskrypcji na kontach wskazanych przez zamawiającego. Był to jedyny fragment argumentacji odwołującego, w którym odnosił się on do ww. zarzutu. Odwołujący ani w piśmie złożonym na posiedzeniu, ani na rozprawie nie rozwijał argumentacji oraz nie składał wniosków dowodowych w tym zakresie. W związku tym mając na uwadze zasadę rozkładu ciężaru dowodu, wynikającą z art. 6 k.c. w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp, która nakłada obowiązek udowodnienia okoliczności faktycznych na tego, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny (w tym wypadku na odwołującego), Izba uznała ten zarzut za nieudowodniony i gołosłowny.

Zarzut podniesiony w pkt I petitum odwołania wymieniał także naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp. Jak wynika z ustaleń Izby zamawiający wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp trzykrotnie, tj. 24 września 2019 r., 11 października 2019 r. oraz 21 listopada 2019 r. Próżno szukać w odwołaniu chociażby próby podważania prawidłowości czynności zamawiającego polegających na wzywaniu przystępującego do wyjaśnień w ww.

trybie (wyjaśnienia przystępującego z dnia 15 października 2019 r. zostały przywołane w odwołaniu jedynie w kontekście zarzutu podniesionego w pkt V, który dotyczył bezpodstawnego zastrzeżenia ich części jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa). Odwołujący nie wspomniał w żaden sposób o podstawach warunkujących nieprawidłowe zastosowanie tego przepisu tj. prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. W związku z powyższym oraz mając na uwadze orzecznictwo wskazujące na możliwość kilkukrotnego stosowania uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp w stosunku do treści oferty danego wykonawcy, jeśli te wezwania nie dotyczą tożsamyh kwestii, także część zarzutu zawartego w pkt I odwołania odnosząca się do ww. przepisu nie znalazła potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego zarzutu niezależnie od przepisu podanego w jego treści.

W ocenie Izby należało oddalić także zarzut podniesiony w pkt II *petitum* odwołania. Na wstępie należy wskazać, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których łączne spełnienie jest wymagane do stwierdzenia jego naruszenia. Po pierwsze należy wykazać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem.

Z kolei ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp wskazał, iż wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, gdy kumulatywnie spełnione zostaną następujące przesłanki: po pierwsze zostanie wykazane, iż wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje wprowadzające zamawiającego w błąd; po drugie działanie takie było wynikiem

co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy; po trzecie takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawa wykluczenia określona w tym przepisie może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Przy wykazaniu wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

Przenosząc powyższe rozważania na okoliczności przedmiotowej sprawy Izba uznała, że nie zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp w stosunku do przystępującego. Przedmiotowy zarzut odnosił się do treści referencji załączonych do wykazu usług złożonego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Zgodnie z §2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. *w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2016 r., poz.

1126), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania, podmiotów na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. Za takie dowody ww. rozporządzenie uznaje referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były realizowane.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający na okoliczność udowodnienia posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej (warunek określony w rozdziale VI ust. 1 pkt 1 SIWZ) wymagał od wykonawcy przedstawienia wykazu usług. W tym miejscu należy wyjaśnić nieścisłość jaka w ocenie Izby miała miejsce w postanowieniach SIWZ. Otóż mając na uwadze rodzaj zamówienia, zamawiający zakwalifikował przedmiotowe postępowanie jako dostawy, co wynika jednoznacznie z treści ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z rozdziałem VII ppkt 5.1.1. SIWZ na potwierdzenie warunku z rozdziału VI ust. 1 pkt 1 SIWZ wykonawcy mieli złożyć dokument, który został określony jako „wykaz usług”. Natomiast dalsza treść ppkt 5.1.1. SIWZ wymieniała dostawy, co w powiązaniu z rodzajem zamówienia określonym przez zamawiającego, musiało skutkować uznaniem, że na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawcy powinni legitymować się doświadczeniem w realizacji dostawy wskazanego oprogramowania w odpowiednim czasie, na określonej w warunku kwotę, która obejmowała zapewnienie świadczenia usługi wsparcia technicznego dla tego oprogramowania. W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na treść „wykazu usług” złożonego przez przystępującego w dniu 29 listopada 2019 r. w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. Treść tego wykazu w zakresie zadania nr 1 została przytoczona w ustaleniach Izby (na str. 20 przedmiotowego uzasadnienia). Warto zwrócić uwagę na informację podaną w kolumnie dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia dla dostawy podanej w ramach zadania nr 1. W tej części przystępujący wyraźnie wskazał: *Realizacja zamówienia polegającego na zapewnieniu świadczenia usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania standardowego Red Hat Enterprise Linux*. W treści referencji z dnia 11 września 2019 r. złożonej wraz z ww. wykazem nie znalazła się informacja o zapewnieniu świadczenia usługi wsparcia w ramach przedmiotowej dostawy. Niemniej informacje zawarte w referencjach pozwoliły uznać, że dostawa, o której w nich mowa jest tożsama z dostawą podaną w wykazie.

Jak wynika z przytoczonej powyżej treści rozporządzenia referencje stanowią dowody określające czy dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Z referencji złożonych przez przystępującego wynikało, że dostawa została zrealizowana należycie.

W związku z tym Izba za przystępującym uznała – a contrario do ww. przepisu rozporządzenia – iż zamawiający nie może żądać, aby referencje wykazywały spełnienie warunku określonego w SIWZ. Powyższe wynika również z orzecznictwa Izby, które stoi na stanowisku, że dokument referencji (lub jakkolwiek inny dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, usługi lub dostawy) nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Dokument referencji służy potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia.

W związku z powyższym w ocenie Izby należy stwierdzić, że przedłożone przez przystępującego referencje w żaden sposób nie stały w opozycji do złożonego wykazu, a wzajemnie się uzupełniały, co nie dało podstaw do uznania, iż przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd w związku ze spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W zakresie tego zarzutu także zastosowanie miała przytoczona wcześniej zasada rozkładu ciężaru dowodu. Odwołujący na potwierdzenie przedmiotowego zarzutu wskazywał na treść „wykazu usług” oraz referencji złożonych przez przystępującego. Natomiast nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił twierdzenia, że dostawa wskazana przez przystępującego w żadnym wypadku nie obejmowała zapewnienia świadczenia usługi wsparcia technicznego producenta. Do pisma złożonego na posiedzeniu odwołujący załączył korespondencję pomiędzy nim a Veracomp S.A. na okoliczność potwierdzającą, że wystawca referencji tj. IT Serwis Sp. z o.o. był tylko pośrednikiem przy dostarczaniu licencji innemu podmiotowi, nie zaś odbiorcą usługi wsparcia wskazanej przez przystępującego. Jeśli chodzi o ten dowód to należy wskazać, że nie dotyczył on okoliczności wskazanej w odwołaniu. Przede wszystkim Izba uznała, że zupełnie nie odnosił się on do kluczowej kwestii, której dotyczył zarzut tj. zapewnienia świadczenia usługi wsparcia technicznego producenta przez Veracomp S.A. dla dostarczanego oprogramowania, a tylko w takim kontekście Izba mogła wziąć go pod uwagę. Izba nie mogła go wziąć pod uwagę pod kątem wprowadzenia zamawiającego w błąd z powodu faktu wystawienia go przez podmiot, który nie był do tego uprawniony, ponieważ takiego zarzutu w odwołaniu nie było, a rozpoznanie tej kwestii w takim zakresie stało w opozycji do treści art. 192 ust. 7 Pzp, który zabrania Izbie orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Na marginesie Izba doszła do przekonania, że nie miał znaczenia dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu dowód złożony na posiedzeniu przez przystępującego w postaci „kolejnej” wersji referencji z dnia 11 września 2019 r. wystawionych przez IT Serwis Sp. z o.o. Przedmiotowy dokument w odróżnieniu od referencji złożonych przez przystępującego w postępowaniu zawierał informację o tym, że zrealizowana dostawa obejmowała wsparcie techniczne producenta. Izba stwierdziła, iż okoliczności wynikające z „wykazu usług” oraz

referencji złożonych na wezwanie zamawiającego, wobec stanowiska odwołującego w zupełności wystarczyły do rozpoznania zarzutu zgodnie z ustalonym przez Izbę wynikiem.

W związku z tym Izba uznała, że nie potwierdziła się już pierwsza z przesłanek wskazanych w treści art. 24 ust. 1 pkt 16) jak i pkt 17), tj. odwołujący nie wykazał, iż przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd, tym samym zarzut z pkt II odwołania nie mógł zostać uwzględniony.

Nie potwierdził się także zarzut wskazany w pkt III *petitum* odwołania. W zakresie tego zarzutu Izba za własne przyjęła stanowisko przystępującego i uznała, że jeśli chodzi o zarzut dotyczący braku możliwości zapewnienia wsparcia technicznego przez wskazany podmiot trzeci, to z treści zobowiązania do udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów udzielonego przez Veracomp S.A. nie wynikało, że konsultacje będą ograniczały się wyłącznie do 1 godziny dziennie. W zobowiązaniu Veracomp wskazał, iż ITSF w trakcie wykonywania zamówienia, będzie uprawniony do korzystania z konsultacji przez 1 godzinę dziennie jednak za zgodą udostępniającego zakres tych konsultacji może być większy niż 1 godzina dziennie. Co więcej należy uznać, że udział Veracomp nie ograniczał się wyłącznie do konsultacji Product Menagera, albowiem jak wskazano w oświadczeniu o udostępnieniu, udostępniający zobowiązał się udzielać wszelkiej koniecznej pomocy i informacji niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Ponadto z treści zobowiązania jednoznacznie wynika, że spółka Veracomp występować będzie jako podwykonawca, a jego udział w realizacji zamówienia będzie miał charakter faktyczny.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że udostępnienie potencjału przez podmiot trzeci, a w tym wypadku także podwykonawcę, miało charakter realny co skutkowało oddaleniem zarzutu z pkt III odwołania.

Jeśli chodzi o zarzut podniesiony w pkt IV odwołania to jak wynika z jego treści zarzut ten należało traktować jako ewentualny w razie nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt II. Oddalenie zarzutu z pkt II odwołania oraz argumentacja podana w tym zakresie miały przełożenie także na rozpoznanie tego zarzutu. Izba z oczywistych względów nie powieliła argumentacji podanej przy okazji zarzutu z pkt II odwołania.

Należy przy tym dodać, że podobnie jak w przypadku zarzutu wskazanego w pkt I lit b) odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu odwołujący podał bardzo lakoniczne uzasadnienie. Natomiast przystępujący wyjaśnił, że w kwestii tego zarzutu, należy odwołać się do powszechnie znanych wszystkim uczestnikom rynku praktyk rynkowych, dotyczących także oprogramowania Red Hat. Przystępujący stwierdził, że sprzedaż specjalistycznego oprogramowania jakim jest Red Hat, nie odbywa się w praktyce obrotu bez tzw. „support'u” czyli usług wsparcia technicznego. Oznacza to, że każdorazowo sprzedając oprogramowanie, dystrybutor jednocześnie wraz z nim zapewnia wsparcie producenta (na

różny okres czasu, przy czym minimum to 12 m-cy). Co istotne jest to wsparcie producenta licencji (tu Red Hat), a nie sprzedawcy tych licencji. Powyższa praktyka miała miejsce także w przypadku dostawy licencji oprogramowania Red Hat na rzecz IT Serwis sp. z o.o., które zostało potwierdzone referencjami. Tym samym wraz z dostawą oprogramowania, Veracomp S.A. (podmiot udostępniający zasób) zapewnił wsparcie techniczne producenta, czyli Red Hat, zatem nie było podstaw do kwestionowania spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu oraz wzywania go do uzupełnionego „wykazu usług”.

Odwołujący nie kwestionował powyższych twierdzeń przystępującego, zatem Izba na potrzeby rozpoznania przedmiotowego zarzutu nie znalazła powodów, aby nie dać im wiary. W związku z tym Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp.

Przechodząc do rozpoznania ostatniego z postawionych w odwołaniu zarzutów, Izba w ramach uwag ogólnych podkreśliła, że od dnia 4 września 2018 r., z powodu transpozycji do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know – how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem, weszła w życie ustawa z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 1637), zmieniająca uregulowania dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym niemniej, w ocenie Izby, bogaty dorobek zarówno orzecznictwa, jak i doktryny nie stracił aktualności również w obecnym stanie prawnym.

W nawiązaniu do powyższego należy wskazać, że ustawodawca nie zdecydował się na radykalne zmiany co do uregulowania tajemnicy przedsiębiorstwa – również aktualnie zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji, jako tajemnicy, wymaga wykazania, że kumulatywnie zostały spełnione wszystkie trzy zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki:

– w postaci materialnej, czyli:

- 1) zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
- 2) zastrzeżone informacje 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;

– w postaci formalnej, czyli:

- 3) uprawniony do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jako reprezentatywny dla pierwszej materialnej przesłanki można podać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14, w którym wskazano, że zastrzeżenie poufności *może być uznane za usprawiedliwione wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie, a mianowicie, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą – co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski.*

Zgodnie z drugą przesłanką materialną przymiot poufności przyznaje się informacjom, które jako całość, albo jako zestawienie o szczególnym charakterze, bądź zbiór, nie są powszechnie znane, bądź nie są łatwo dostępne dla osób, które zwykle zajmują się rzeczonym rodzajem danych. W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej definicję legalną tajemnicy wskazano, że użyte w polskiej wersji językowej dyrektywy pojęcia „zestawu” oraz „zbioru” mają taki sam zakres – oznaczają bowiem pewien zespół informacji wyłączony z całości. Użyte wyrażenia należy raczej tłumaczyć jako zbiór (w znaczeniu zespołu informacji wyłączonych z całości) oraz zestawienie (w znaczeniu wzajemnego układu tych informacji względem siebie).

W zakresie przesłanki formalnej, dotyczącej podjęcia przez przedsiębiorcę działań celem zachowania rzeczonych informacji w tajemnicy, należy przypomnieć, że działania takie – dokonywane przez podmiot, który jest zobowiązany do zachowania podwyższonego miernika staranności, z powodu zawodowego charakteru wykonywania działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.) – muszą mieć charakter czynności niezbędnych w danych okolicznościach. Oznacza to spełnienie rozsądnych i adekwatnych wymagań w zakresie ochrony informacji, na określonym polu pozyskiwania danych. Jak trafnie ujął to Sąd Najwyższy *podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony* (wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00).

Następnie, przechodząc na kanwę Pzp Izba stwierdziła, że zgodnie z wykładnią językową art. 8 ust. 3 Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 uznk. Omawiany art. 8 ust. 3 Pzp wprost bowiem wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem

zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie, lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych (por. uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania, Izba uznała, że w ustalonym stanie rzeczy przystępujący nie wykazał, aby dane, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, zasługiwały na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk co oznaczało, że odwołanie w zakresie tego zarzutu było zasadne. Przystępujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu jakiegokolwiek dowodu, że podjął działania mające na celu ochronę zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich. Być może, w innych stanach faktycznych, wymóg ten mógłby zostać uznany za spełniony, o ile wykonawca przedstawiłby racjonalne, logiczne i wiarygodne wyjaśnienie, a całokształt okoliczności pozwalałby na uznanie, że oświadczenie wykonawcy jest w tych szczególnych warunkach wystarczające. Tym niemniej, w okolicznościach faktycznych rozpoznawanego sporu oświadczenie przystępującego, że podjął niezbędne działania, które wskazał w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, było niewystarczające.

Izba – mając na uwadze treść i charakter zastrzeganych informacji, a także fakt, że przystępujący wskazał na szereg czynności, które w jego ocenie podjęto, aby w szczególny sposób zadbać o zachowanie poufności tych informacji – stwierdziła, że brak przedstawienia dowodów budzi poważne wątpliwości co do wiarygodności samych oświadczeń wykonawcy. Przystępujący, będący dysponentem i autorem środków, na które wskazywał w uzasadnieniu objęcia informacji tajemnicą handlową nie powinien mieć trudności w przedstawieniu dokumentów lub chociażby wyciągu z nich, które potwierdziłyby podjęcie tych środków. Poza tym, na takie trudności wykonawca nie wskazywał przed Izba. Skoro zatem przystępujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu oraz Izbie jakichkolwiek dowodów, brak ich przedstawienia należy interpretować tak, że podjęte przez niego środki mają charakter niesprecyzowany i nie są jednolicie stosowane.

W ocenie Izby przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz podjął działania w celu zachowania poufności informacji. Zaś brak takiego wykazania, zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, powoduje, że nie ma podstaw, aby zastrzeżenie wykonawcy uznać za skuteczne.

Na marginesie należy zaznaczyć, że przystępujący wyjaśnił, iż zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do stosowanej polityki cenowej oraz danych dotyczących sposobu świadczenia usług wsparcia technicznego pismami z dnia 7 października 2019 r. i 15 października 2019 r. Potwierdzenia tego stanowiska Izba nie znalazła w obu wyjaśnieniach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący odnosił się w nich do swojej polityki cenowej, polityki pozyskiwania kontraktów, polityki wewnętrznej

swojego przedsiębiorstwa, ale jak wskazano powyżej żadnego dokumentu zawierającego lub odnoszącego się do swoich wewnętrznych regulacji nie przedstawił, ani nawet nie wymienił. W związku z tym Izba nie znalazła potwierdzenia czy ww. polityki zostały uregulowane w przepisach wewnętrznych przedsiębiorstwa przystępującego, ani nawet czy w ogóle istnieją. W związku z powyższym analiza, czy przedstawione przez odwołującego treści mają walor tajemnicy gospodarczej – wobec braku wykazania przesłanki formalnej, niezbędnej do uznania zastrzeżenia poufności za skuteczne – nie była w sprawie konieczna, niemniej jednak badanie słuszności i zasadności zastrzeżenia spornych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa potwierdziło, że odwołujący nie wykazał, żeby sporne informacje spełniały przesłanki materialne, wynikającą z art. 11 ust. 2 uznk, co jest konieczne do udzielenia ochrony.

Należy zaznaczyć, że odwołujący w uzasadnieniu objęcia informacji tajemnicą handlową nie zdecydował się na szczegółowe odniesienie do danych, które zastrzega. Przystępujący pierwotnie oba dokumenty tj. zarówno wyjaśnienia z 7 października 2019 r. jak i z 15 października 2019 r. w całości zastrzegł jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (nawet jeśli chodzi o uzasadnienie dla tego zastrzeżenia – zamawiający dopiero w dniu 11 grudnia 2019 r. przekazał odwołującemu samo uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dla obu wyjaśnień). Natomiast po lekturze uzasadnień tajemnicy dla obu wyjaśnień należy stwierdzić, że można byłoby je przyporządkować do każdego danych, niezależnie od faktycznej treści i charakteru informacji, które odwołujący zastrzega. Na marginesie należy wskazać, że uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla wyjaśnień z 7 października i z 15 października 2019 r. były identyczne, co potwierdza fakt „opracowania” takiego uzasadnienia na każdą ewentualność, niezależnie od rodzaju i charakteru dokumentu. Uzasadnienie to także ponad miarę akcentowało i przytaczało przepisy prawa, orzecznictwo (Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, Krajowej Izby Odwoławczej) oraz poglądy doktryny, w oderwaniu od meritum sprawy. Ponadto przystępujący posłużył się w nich ogólnymi sformułowaniami o wartości gospodarczej, know-how itd., bez przybliżenia co rozumie przez wskazaną „ogromną wartość gospodarczą”, uzasadniającą zastrzeżenie informacji jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Samo powoływanie się na gołosłowne i ogólnikowe działania, bez jakiegokolwiek podania ku temu realnych i obiektywnych okoliczności, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że hasłowe podanie tych ogólnikowych stwierdzeń ma za zadanie uniemożliwienie konkurencji weryfikacji sposobu kalkulacji wykonawcy.

Należy również pamiętać, że ograniczenie zasady jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy ma charakter wyjątku od zasady i w związku z tym nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też, wykonawca zastrzegający poufność nie może ograniczyć się do

ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej, subiektywnej oceny. Informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorie danych, mających z perspektywy wykonawcy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Jednakże, tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 września 2017 r. sygn. akt I OSK 2740/15).

Reasumując Izba stwierdziła, że dokumenty zastrzeżone przez przystępującego w zakresie wskazanym w odwołaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnienia z dnia 7 października 2019 r. oraz 15 października 2019 r., z uwagi na niespełnienie przesłanek z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, nie zostały skutecznie zastrzeżone. W związku z tym Izba nakazała odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 7 października 2019 r. wraz z załącznikiem nr 1 złożonych przez przystępującego w zakresie odnoszącym się do zadania nr 1. W zakresie wyjaśnień z dnia 7 października 2019 r. Izba uznała, że powyżej stwierdzone naruszenie miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Natomiast pomimo bezpodstawnego nieudostępnienia odwołującemu wyjaśnień z dnia 15 października 2019 r. złożonych na wezwanie skierowane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w ocenie Izby, nie miało oraz nie może mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania, gdyż równolegle postawiony został w odwołaniu zarzut dotyczący niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, który nie był zarzutem ewentualnym i nie znalazł on potwierdzenia (przede wszystkim chodzi o zarzut podniesiony w pkt I lit. b) odwołania). W tej sytuacji udostępnienie odwołującemu wyjaśnień byłoby bezcelowe, gdyż nie może on ponownie stawiać zarzutu, który został już rozpatrzony przez Izbę.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – *Wprawdzie żaden z przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania nie odwołuje się do zasady stosunkowego rozdzielenia kosztów, jednak do tego w efekcie sprowadza się rozstrzygnięcie oparte na zasadzie odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego. W sytuacji rozliczenie kosztów stosownie do wyniku postępowania uwzględnić zatem należało w jakiej części odwołanie odniosło skutek (...).*

W niniejszej sprawie odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu i chybione w pozostałym zakresie. Izba kosztami postępowania po połowie obciążyła odwołującego i zamawiającego. Rozstrzygając o kosztach Izba nie kierowała się matematycznym stosunkiem zarzutów uwzględnionych do zarzutów oddalonych, który wynikałby z proporcji takich zarzutów w odniesieniu do wszystkich rozpoznanych zarzutów. Mając na uwadze powyższe postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach, Izba przy rozliczeniu kosztów stosownie do wyniku postępowania uwzględniła w jakiej części odniosło ono skutek i uznała, że w konsekwencji uwzględnienia jednego zarzutu, w sytuacji gdy nakaz skierowany przez Izbę dotyczył tylko części tego zarzutu, podział kosztów przez zastosowanie wagi wynikającej z użycia tylko i wyłącznie działań matematycznych byłby krzywdzący dla odwołującego. Skutek odwołania był taki, że co prawda odwołujący nie „uzyskał” wszystkich swoich żądań, ale doprowadził do sytuacji unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 1 oraz „uzyskał” nakaz odtajnienia przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny przez co będzie mógł dalej kwestionować treść oferty przystępującego. Tym samym Izba stanęła na stanowisku, że liczba uwzględnionych zarzutów w stosunku do całości postawionych zarzutów nie miała tu znaczenia (w odróżnieniu od przypadków postępowań odwoławczych dotyczących treści SIWZ), gdyż skutek odwołania w odniesieniu do odwołującego był taki, że z jednej strony orzeczenie Izby nie doprowadziło do wykluczenia przystępującego z postępowania lub odrzucenia jego oferty, a z drugiej strony doprowadziło do potencjalnej możliwości dalszego kwestionowania przez odwołującego treści oferty konkurenta.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15 000 zł oraz koszty poniesione przez strony z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 7 200 zł – zgodnie z fakturą i rachunkiem złożonymi na rozprawie przez

odwołującego i zamawiającego (łącznie 22 200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15 000 zł + 3 600 zł), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11 100 zł (22 200 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł (18.600 zł – 11 100 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: