

**WYROK**

**z dnia 23 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **20 listopada 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **5 listopada 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, S&T Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, NIVER sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usługi serwisu urządzeń wraz z oprogramowaniem będących w posiadaniu Zamawiającego, tj. Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie* (nr postępowania WZP.270.2018)

prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – uznania za bezskuteczne utajnienia przez IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do części II i III zamówienia.**
- 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwoływających S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, S&T Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, NIVER sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od **zamawiającego Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie** na rzecz **odwoływających S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, S&T Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, NIVER sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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

Zamawiający Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie usługi serwisu urządzeń wraz z oprogramowaniem będących w posiadaniu Zamawiającego, tj. Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie* (nr postępowania WZP.270.2018).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 2 sierpnia 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S\_147 pod poz. 336593.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

24 października 2018 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, S&T Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, NIVER sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegającym się o udzielenie tego zamówienia {dalej również „Odwołujący” lub „Konsorcjum”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze oferty złożonej przez IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również „IT Solution”} jako najkorzystniejszej w każdej z trzech części zamówienia.

5 listopada 2018 r. Odwołujący wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności w odniesieniu do części II i III.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 8 – przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów potwierdzających spełnienie w zakresie części II i III zamówienia przez IT Solution warunku doświadczenia i wiedzy, tj. wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami tych dokumentów.
2. Art. 8 – przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu złożonych przez IT Solution w trybie art. 90 ust. 1 pzp wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz kosztu w zakresie części II zamówienia.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 – przez zaniechanie w zakresie części II zamówienia odrzucenia oferty IT Solution jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub

koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach II i III zamówienia.
2. Ponownej oceny ofert w częściach II i III zamówienia.
3. Odtajnienia oraz udostępnienia złożonych przez IT Solution w części II i III zamówienia dokumentów potwierdzających spełnienie w warunku doświadczenia i wiedzy, tj. wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz ewentualnymi wyjaśnieniami tych dokumentów.
4. Odtajnienia oraz udostępnienia złożonych przez IT Solution w części II zamówienia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz kosztu.
5. Odrzucenia oferty IT Solution na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp oraz art. 90 ust. 3 pzp w zakresie części II zamówienia,

{uzasadnienie zarzutu zaniechania odtajnienia wykazu wykonanych usług}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności:

W formularzu ofertowym dla części II i III zamówienia (w pkt 16 obu formularzy) IT Solution zastrzegł, że wykaz wykonanych zamówień (usług) wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a w związku z tym nie może być udostępniany.

Dodatkowo do oferty złożone zostało uzasadnienie powyższego zastrzeżenia (str. 34-36 oferty), które sprowadza się ono do kilku podstawowych kwestii. Po pierwsze, zastrzeżenie dotyczy tzw. „komercyjnych referencji”. Po drugie, informacje zawarte w tych dokumentach są wrażliwe, a ich ujawnienie ma spowodować powstanie szkody po stronie IT Solution (oraz podmiotu używającego), ze względu na „istotne informacje takie jak chociażby nazwa klienta, wynegocjowane kontrakty handlowe, ich wartość, rynki zbytu, przedmiot i wartość zrealizowanego zamówienia”. Po trzecie, umowy, w wyniku których realizacji wykonawca ten otrzymał referencje, są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego całe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyjątkowo ogólnikowe, nieodnoszące się do konkretnych przypadków, mające wręcz charakter uniwersalny. Ponadto twierdzenia te nie zostały poparte żadnymi dowodami. Co więcej znaczna część tych twierdzeń jest wręcz nielogiczna i oczywiście sprzeczna z zachowaniami biznesowymi wykonawców. W konsekwencji IT Solution w żaden sposób nie wykazał zasadności tegoż zastrzeżenia, co powinno skutkować odtajnieniem tych dokumentów oraz ich udostępnieniem.

Przede wszystkim posługiwanie się tzw. „komercyjnymi referencjami” w żaden sposób nie przesądza o tym, że zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wręcz przeciwnie, z zasady wykonawcy, zarówno ci działający na rynku publicznym, jak i prywatnym, wręcz chwalą się realizowanymi kontraktami, gdyż w ten sposób budują swą renomę, markę i prestiż. Pokazywanie swego portfolio zrealizowanych usług jest jedną z bardziej podstawowych i skutecznych metod pozyskiwania nowych klientów. Stąd utajnienie tego typu informacji ma charakter absolutnie wyjątkowy i jest niezwykle rzadko spotykane. W konsekwencji zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa tego rodzaju informacji powinno mieć absolutnie wyjątkowy charakter, tymczasem zastrzeżenie dokonane przez IT Solution nie wskazuje, aby takie wyjątkowe okoliczności miały miejsce w tej sprawie.

Ponadto poziom ogólnikowości informacji zawartych w wykazie zamówień i dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie jest tak daleki, że pozyskanie tych informacji nie może spowodować żadnej szkody. Przykładowo sama wiedza, kto jest czym klientem w żaden sposób nie prowadzi do możliwości przejęcia takiego klienta. Pozyskanie klienta, szczególnie prywatnego, jest złożonym procesem i wypadkową wielu różnych kwestii, w tym m.in. takich jak kompetencja, doświadczenie, cena, warunki prawne oraz techniczne świadczonych usług. Co więcej praktycznie każdy doświadczony wykonawca zna potencjalnych odbiorców swych usług. Ponadto z utajnionych w tym postępowaniu dokumentów w żaden sposób nie da się wyczytać szczegółowych warunków wynegocjowanych kontraktów handlowych. W szczególności ogólna wiedza o wartości (często przybliżonej) zrealizowanych prac niewiele daje w sytuacji, gdy nie są znane szczegółowe uwarunkowania prawne i techniczne świadczonych usług. Nie wiadomo również, jakie to rzekomo źródła zaopatrzenia miałyby zostać ujawnione. Wreszcie tego typu dokumenty nie zawierają informacji dotyczących kierunków rozwoju spółki.

IT Solution nie udowodniło również swych twierdzeń, w szczególności o tym, że umowy z klientami zawierają zastrzeżenia o ich poufności. Ponadto praktyka gospodarcza wskazuje, że zastrzega się raczej poufność w odniesieniu do samej szczegółowej treści umowy (warunków biznesowych i technicznych), ale nie faktu jej zawarcia.

Odwołujący dodał, że, po pierwsze – IT Solution nie może już dodatkowo uzupełniać czy też modyfikować swego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Po drugie, zgodnie z utrwalonym już orzecnictwem Izby oraz sądów okręgowych na IT Solution spoczywał ciężar wykazania zasadności swego zastrzeżenia, czego Wykonawca ten nie udźwignął. Po trzecie, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady jawności postępowania, a wyjątki nie podlegają wykładni rozszerzającej. Zatem należy oceniać skuteczność dokonania takiego zastrzeżenia ściśle i restryktywnie.

{uzasadnienie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu}

Odwołujący stwierdził, że wg jego najlepszej wiedzy (bazującej na dokumentach otrzymanych od Zamawiającego) IT Solution złożył w trybie art. 90 ust. 1 pzp wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu bez żadnego szczegółowego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego jedynie część tego dokumentu, w której znajduje się samo zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale bez odpowiedniego wyjaśnienia. W takim przypadku wyjaśnienia te powinny być udostępnione Odwołującemu, gdyż w świetle art. 8 ust. 3 pzp samo poczynienie zastrzeżenia nie jest wystarczające dla jego skuteczności, albowiem musi być ono powiązane z wykazaniem i udowodnieniem jego zasadności. Nie można uznawać bowiem, że tego rodzaju wyjaśnienia są *per se* tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący zastrzegł, że jeżeli zostało złożone uzasadnienie tego zastrzeżenia, powinno ono zostać ocenione przez Izbę pod kątem jego zasadności. W szczególności, czy jest ono konkretne i odnosi się do informacji zawartych w tych wyjaśnieniach, czy podane tam zostało w jakikolwiek sposób wykazane, udowodnione lub choćby wysoko uprawdopodobnione. Ponadto zbadaniu powinno podlegać, czy jest jakakolwiek podstawa do poczynienia tego rodzaju zastrzeżenia w odniesieniu do całości wyjaśnień, gdyż w praktyce najczęściej informacje rzeczywiście wrażliwe stanowią jedynie nikły ułamek całości wyjaśnień, niedający podstawy do utajnienia całego dokumentu (tu wyjaśnień).

Odwołujący ponownie podkreślił, że na podmiocie dokonującym tego rodzaju zastrzeżenia spoczywa ciężar wykazania zasadności tego zastrzeżenia.

{uzasadnienie wpływu na wynik postępowania powyższych zarzutów}

Odwołujący podkreślił, że uwzględnienie zarzutów zaniechania odtajnienia i udostępnienia wyżej wskazanych dokumentów musi być połączone z unieważnieniem czynności oceny ofert, gdyż ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej właśnie czynności. Co więcej wadliwa ocena dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnej oferty, a tym samym na skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej, w tym przypadku zarówno w zakresie oceny spełniania warunków podmiotowych oraz kwestionowania ceny pod kątem jej rażąco niskiego charakteru.

5.2. Przyjęcie przeciwnego poglądu byłoby sprzeczne z zasadą państwa prawa jak i przepisów unijnych. Podkreślenia wymaga, iż państwo polskie zobowiązane jest do

zapewnienia wykonawcom realnych środków ochrony prawnej i możliwości ich składania w odpowiednich terminach . Oznaczałoby to bowiem, że pomimo bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, de facto skutkowałoby to pozbawieniem możliwości skutecznego składania odwołania skierowanego przeciwko ofercie podmiotu utajniającego swoją ofertę (jej część). Nie da się bowiem składać skutecznego odwołania niejako w ciemno.

Odwołujący powołał się na to, że Izba w wyroku z 11 grudnia 2014 r. ( sygn. akt KIO 2498/14) wskazała, że samo skuteczne kwestionowanie zastrzeżenia części oferty jako zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa ma wpływ na wynik postępowania, podkreślając, że odtajnienie nie pozostaje bez znaczenia na wynik postępowania w kontekście art. 192 ust. 2 pzp, albowiem, po pierwsze, pozwoli odwołującemu na zweryfikowanie cen jednostkowych, po drugie, biorąc pod uwagę działania zamawiającego w zakresie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, pozwoli odwołującemu, jako skutek odtajnienia formularza cenowego, zapoznać się z charakterem dokonanej przez zamawiającego poprawy i jej wpływu na ostateczną cenę globalną oferty przystępującego. Przy czym Izba nie oceniała w żadnym razie prawidłowości tej poprawy, gdyż nie było takiego zarzutu, był to jedynie argument za odtajnieniem formularza cenowego. Jednocześnie Izba stwierdziła, że istnieje konieczność unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej, albowiem zakończył się etap weryfikacji oferty przystępującego i wszelkie zmiany tej oceny implikują konieczność cofnięcia procedury na etap badania i oceny ofert.

Jak stwierdził Odwołujący: *W efekcie w takim przypadku rozpoznaniu nie podlegałby także zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny, albowiem ten zarzut powinien być rozpoznany po umożliwieniu S&T zapoznania się z wyjaśnieniami złożonymi przez IT Solution. Tego rodzaju procedowanie zapewniłoby Odwołującemu na realną możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej.*

{uzasadnienie zarzutu rażąco niskiej ceny}

Niezależnie od powyższego w ocenie Odwołującego oferta złożona przez IT Solution w odniesieniu do części II zamówienia zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności, które świadczą o zaoferowaniu realizacji zamówienia za rażąco niską cenę

Przede wszystkim podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”) determinuje istotną dla ukształtowania ceny okoliczność, że nie jest możliwe świadczenie tej usługi dla zamawiającego bez zawarcia kontraktu serwisowego z producentem urządzeń

i oprogramowania objętych serwisem w ramach tego zamówienia. Wynika to z tego, że usługa serwisowana świadczona w ramach realizacji przedmiotu zamówienia powinna być świadczona zarówno w odniesieniu do sprzętu wymienionego w SIWZ, jak i oprogramowania zainstalowanego na tym sprzęcie. Tymczasem nie jest możliwe należyte wykonywanie umowy bez posiadania odpowiednich uprawnień do oprogramowania, zarówno wbudowanego, jak i oprogramowania narzędziowego.

To pierwsze Zamawiający zdefiniował jako {w pkt 1.5) OPZ} *inaczej firmware, oprogramowanie wbudowane w urządzenie, zapewniające podstawowe procedury jego obsługi, a drugie jako (pkt 1.6) opz) rodzaj oprogramowania, które wspomaga zarządzanie zasobami sprzętowymi poprzez dogodne interfejsy użytkowe oraz usprawnia, modyfikuje oprogramowanie systemowe w celu wykonywania programów w bardziej wygodny i wydajny sposób, a przy tym pozbawiony błędów, obydwa łącznie zwane „Oprogramowaniem”.*

Dodatkowo w OPZ dla części II zamówienia) Zamawiający wskazał, że:

[pkt II. 5]

*Wykonawca zobowiązany jest do zagwarantowania Zamawiającemu bezpośredniego dostępu do portali, na których znajdują się: a) aktualizacje Oprogramowania, b) przewodniki konfiguracyjne i narzędzia diagnostyczne.*

[pkt III.1.g)]

*1. Wymagania w zakresie świadczenia Usług Serwisu: g) Wykonawca umożliwi Zamawiającemu zgłaszanie do producenta Oprogramowania problemów dotyczących jego produktów.*

[pkt III.5]

*W przypadku, gdy naprawa Awarii Urządzeń będzie wymagała podniesienia wersji lub wgrania poprawki do Oprogramowania dla Urządzeń objętych Usługami Serwisu, Wykonawca w ramach realizacji Umowy wykona niezbędną aktualizację, dostarczając i wgrywając Oprogramowanie zgodnie z wymaganiami licencyjnymi producenta urządzenia.*

[pkt III.6]

*Wykonawca oświadcza, że dostarczane poprawki do Oprogramowania nie naruszają praw twórców Oprogramowania i właściciela praw autorskich oraz nie ograniczają praw Zamawiającego do korzystania z tego Oprogramowania zarówno w trakcie trwania Umowy jak i po jej zakończeniu.*

[pkt III.7]

*W odniesieniu do krytycznych elementów infrastruktury, Zamawiający wymaga, aby dla macierzy dyskowych 3PAR, przełączników SAN klasy DIRECTOR oraz bibliotek taśmowych MSL 8096/48 była świadczona usługa wsparcia proaktywnego wysoko wykwalifikowanego działu IT producenta urządzeń w zakresie nie mniejszym niż wynikający z obecnie*



*posiadanego kontraktu serwisowego.*

[pkt III.8]

*W przypadku, gdy usunięcie Awarii Oprogramowania narzędziowego będzie wymagało podniesienia wersji lub wgrania poprawki do Oprogramowania wbudowanego dla Urzędzeń objętych serwisem, Wykonawca w ramach realizacji Umowy wykona niezbędną aktualizację,, dostarczając i wgrywając Oprogramowanie wbudowane zgodnie z wymaganiami licencyjnymi producenta urządzenia.*

[pkt IV]

*Wykonawca w terminie 20 dni roboczych od zawarcia Umowy przeprowadzi inspekcję Urzędzeń i Oprogramowania objętych Umowa, oraz sprawdzi, czy wersje Oprogramowania są zgodne z zaleceniami producentów. Wykonawca przygotowuje raport, w którym wyszczególni wersje posiadanego Oprogramowania, wymagane poprawki i aktualizacje Oprogramowania. Raport ten będzie aktualizowany, co miesiąc. Raport Wykonawcy musi zawierać: informacje o dostępności nowych aktualizacji, określenie istotności wykonania aktualizacji Oprogramowania dla Urzędzeń objętych Umową. Wykonawca zobowiązany jest do implementacji tych poprawek lub/i aktualizacji, które zostaną zatwierdzone przez Zamawiającego w terminie z nim uzgodnionym, nie dłuższym niż czas pozwalający na ich implementację w trakcie trwania Umowy. W przypadku Oprogramowania wbudowanego, które zgodnie z definicją, producenta nie jest przeznaczone do samodzielnej instalacji i którego nie można zainstalować zdalnie, Wykonawca wykona instalację w siedzibie Zamawiającego na wyraźne zlecenie Zamawiającego. W przypadku Oprogramowania wbudowanego zdefiniowanego przez producenta, jako przeznaczone do samodzielnej instalacji, Wykonawca udzieli na prośbę Zamawiającego telefonicznego wsparcia technicznego w czasie obowiązującego dla sprzętu okna serwisowego.*

Zdaniem Odwołującego powyżej zacytowane postanowienia jednoznacznie świadczą o konieczności wykupienia usługi tzw. serwisu producenckiego, gdyż inaczej nie jest możliwe świadczenie usług w zgodzie z wyżej zacytowanymi postanowieniami.

Odwołujący zarzucił, że koszt wykupienia tego rodzaju usługi u producenta jest wyższy od ceny zaoferowanej przez IT Solution, co oznacza, że nie jest możliwe należyte zrealizowanie tego zamówienia za tę cenę. Dodatkowo IT Solution zaoferował realizację zamówienia o wyższych parametrach tzw. SLA (czasu naprawy) co także musi generować dodatkowe koszty po stronie wykonawcy. Niezależnie od kosztów wykupienia producenckiej usługi serwisowej niezbędne jest poniesienie przez wykonawcę innych kosztów, w tym takich jak; koszty pracy kadry wykonawcy, koszty dojazdów, koszty finansowe (szczególnie istotne w kontekście jednorazowej płatności z góry za serwis producencki i płatności otrzymywanej od Zamawiającego w miesięcznych ratach), koszty pozyskania gwarancji i zabezpieczeń,

koszty ogólne i pośrednie, rezerwy na ryzyka. Suma wszystkich tych kosztów musi być niższa od ceny zaoferowanej Zamawiającemu, a w tym przypadku z pewnością tak nie jest. IT Solutions wszystkie te koszty powinna wykazać w swych wyjaśnieniach i poprzeć je odpowiednimi dowodami, w szczególności ofertą na koszty serwisu produkcyjnego. W ocenie Odwołującego tak się z pewnością nie stało.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosiła przystąpienie 8 IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że nie uznaje zasadności żadnego z zarzutów odwołania i wnosi o jego oddalenie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż nie tylko zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, ale i zaniechanie udostępnienia dokumentów składanych przez Przystępującego w toku postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co

mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozstrzygnięcie zarzutów związane z tajemnicą przedsiębiorstwa}

Przypomnienia wymaga, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): *Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolę zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków

jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z 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.). Ponadto według znowelizowanego przepisu wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków.

W odniesieniu do informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, a zawartych w dokumentach składanych zamawiającemu w toku postępowania należy stosować *per analogiam* omówione powyżej reguły postępowania wyrażone w art. 8 ust. 3 pzp, czyli wraz z ich złożeniem należy dokonać zarówno stosowanego zastrzeżenia, jak i wykazać jego zasadność. W konsekwencji zamawiający winien ustalić, czy takie wykazanie nastąpiło w momencie składania przez wykonawcę informacji, które zastrzegł jako niepodlegające ujawnieniu z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 4 uznk, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, (2) po drugie – nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, (3) po trzecie – podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Należy podkreślić, że nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub jeszcze innym dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu,

że pozostanie poufna.

Izba zważyła, że IT Solution nie wykazał Zamawiającemu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, co jest wystarczające dla stwierdzenia, że zarzuty odwołania należy uznać za zasadne. Przystępujący powinien bowiem sprecyzować i wykazać Zamawiającemu, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji osłabiłaby jego pozycję rynkową, czemu nie sprostał.

Zarówno w przypadku referencji, jak i wyjaśnień dotyczących ceny nie może być uznane za wystarczające uzasadnienie samo twierdzenie, że zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Ogólnikowe i hasłowe powołanie się na to, że referencje zawierają informacje wskazujące na „kierunek rozwoju Wykonawcy, zdolności techniczne i technologiczne” jest zupełnie nieprzekonujące w kontekście treści złożonego wykazu i referencji, która ujawnia jedynie rodzaj i nazwę usługi, przez kogo i na rzecz kogo była ona wykonywana i na jaką łącznie wartość opiewała, bez wskazania szczegółowych informacji dotyczących warunków umowy, w tym opisu zakresu rzeczowego świadczonych usług. Z kolei tego typu powołanie się na to, że: „Wykaz dostawców, cen oraz poziomu upustów oferowanych przez dostawców Wykonawcy są unikatowym zbiorem danych, przygotowanym na potrzeby tego konkretnego postępowania i jako integralna całość stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy”, gdyż „Są to informacje świadczące m.in. o portfelu kontrahentów Wykonawcy oraz skali jego biznesu oraz preferowanych dostawcach”, również nie przekonuje o tym, że złożone wyjaśnienia dotyczące ceny zawierają informacje mające istotną wartość gospodarczą dla IT Solution.

Wymienienie nazw kategorii rodzajów informacji mogących mieć wartość gospodarczą według wypowiedzi orzecznictwa i doktryny, w oderwaniu od kontekstu stanu faktycznego i bez jakiegokolwiek przełożenia na treść złożonych w tym postępowaniu wykazu usług, referencji, wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów, nie wykazuje, że zawierają one informacje posiadające dla IT Solution wartość gospodarczą. Nie wiadomo, jakie istotne novum, niedostępne i nieznanne innym wykonawcom, kryje się za tymi hasłami, że zasługuje na ochronę przed ujawnieniem. W odniesieniu do upustów nie zostało udowodnione, że mają one charakter unikalny i są dostępne jedynie IT Solution. Ponadto w toku rozprawy niesporna okazała się okoliczność, że krąg podmiotów będących przedstawicielami lub dystrybutorami producentów sprzętu i oprogramowania, których serwis jest przedmiotem tego zamówienia, jest ograniczony i znany.

Ponieważ postępowanie prowadzone przez Zamawiającego nie ma charakteru unikalnego, a usługi objęte przedmiotem zamówienia mają charakter standardowy, nie jest wystarczające zapewnianie, że wykaz, referencje czy wyjaśnienia zawierają informacje, które mają dla Wykonawcy wartość gospodarczą.

IT Solution nie sprostął także obowiązkowi udowodnienia, że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i zostały podjęte niezbędne działania celem zachowania, skoro na dokumentach, które pochodzą od innych podmiotów nie wynika, aby uważały one przekazywane informacje (w tym udzielane rabaty) za stanowiące ich tajemnicę przedsiębiorstwa lub podmioty te zostały zobowiązane do zachowania tych informacji w poufności. Tym bardziej nie wykazano także, że podmioty te podjęły jakiegokolwiek działania w celu ochrony tych informacji przed ujawnieniem. Nie jest wystraszające samo zapewnienie o tym, że umowy z pracownikami czy kontrahentami zawierają stosowane klauzule poufności, skoro wykazanie takiego twierdzenia nie następuje żadnych trudności, a żadne umowy lub wyciągi z nich nie zostały przedstawione Zamawiającemu.

Z uwagi na powyższe nie ma znaczenia, że dowody złożone w toku rozprawy przez Odwołującego nie dotyczyły usług wykazywanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału przez Przystępującego, gdyż to na nim względem Zamawiającego spoczywał ciężar wykazania, że dokumenty te (a także wyjaśnienia) zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, czemu nie sprostął.

Oczywiście bez znaczenia dla tej sprawy jest okoliczność, czy podobne uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa były uznawane w przeszłości za wystarczające.

{rozstrzygnięcie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny}

Dla rozstrzygnięcia w tej sprawie kluczowe znaczenie miało, że Izba w postępowaniu odwoławczym związana jest regulacjami zawartymi w art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Natomiast zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei art. 180 ust. 3 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Stąd, jak trafnie ujął to Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt KIO XII Ga 92/12), stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy

rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Takie rozumienie tego przepisu jest powszechne zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Innymi słowy niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych, które mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Ma to takie znaczenie, że terminy na wniesienie odwołania zawierającego zarzuty w powyżej przedstawionym rozumieniu uregulowane w art. 182 ust. 1 i 3 pzp mają charakter zawity, liczony od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia albo od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Wprowadzenie w art. 190 ust. 1a pzp w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia reguły, że wpierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje takie postępowanie odwoławcze, musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Nie może się to sprowadzać do ogólnych stwierdzeń, że cena oferty jest albo nie jest rażąco niska, czy też, że ocena wyjaśnień powinna albo nie powinna prowadzić do takiej konkluzji, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W przypadku kwestionowania zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w związku z wadliwą oceną złożonych wyjaśnień oznacza to konieczność zawarcia w odwołaniu okoliczności podważających prawidłowość postępowania zamawiającego. Oczywiście w przypadku, gdy wyjaśnienia dotyczące ceny zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, odwołujący, który nie zna ich treści, zmuszony jest w ciemno podnosić okoliczności, które mogą wskazywać na rażąco niską cenę oferty konkurenta

lub nierzetelność złożonych przez niego wyjaśnień, co stanowi istotne utrudnienie. Z drugiej strony, jeżeli odwołujący jest pewny, że wyjaśnienia zostały bezpodstawnie utajnione, wystarczające jest, że podniesie taki zarzut, a wtedy uwzględnienie opartego na nim odwołania otworzy mu drogę do kwestionowania oferty konkurenta w oparciu o znajomość okoliczności i dowodów przedstawionych w trybie art. 90 ust. 1 pzp.

W tej sprawie Odwołujący zdecydował się na równoległe tj. jednoczesne kwestionowanie zarówno utajnienia wyjaśnień, jak i tego, że nie wykazują one, że cena złożonej przez Przystępującego oferty nie jest rażąco niska.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny zawarty w odwołaniu sprowadza się do twierdzenia, że ponieważ koszt wykupienia serwisu u producenta urządzeń lub oprogramowania, co jest konieczne w kontekście opisu przedmiotu zamówienia, jest wyższy od ceny oferty IT Solution, nie biorąc pod uwagę innych kosztów związanych z realizacją zamówienia, złożone wyjaśnienia i załączone dowody nie mogły zostać ocenione pozytywnie przez Zamawiającego. Przy czym w odwołaniu nie sprecyzowano, jaki jest koszt wykupienia niezbędnego serwisu u producenta w odniesieniu do urządzeń lub oprogramowania objętych tym zamówieniem.

Dopiero na rozprawie Odwołujący sprecyzował – jak się okazało w oparciu o dokumenty, którymi dysponował na długo przed wniesieniem odwołania – ile wynosi jego zdaniem koszt niezbędnego dla realizacji zamówienia serwisu producenta i jakie usługi wchodzi w jego zakres, a zatem w sposób niedopuszczalny w świetle omówionych powyżej przepisów ustawy pzp podjął próbę wskazania nowych okoliczności po upływie terminu na wniesienie odwołania. W konsekwencji Izba pominęła dowody dotyczące okoliczności podniesionych dopiero na rozprawie, a treść ustnych i pisemnych stanowisk zaprezentowanych w toku postępowania odwoławczego została wzięta pod uwagę jedynie w zakresie dodatkowej argumentacji na poparcie lub odparcie zarzutów, które były zawarte uprzednio w odwołaniu.

Natomiast rozpatrując zarzut zawarty w odwołaniu, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez IT Solution, wbrew odmiennym przypuszczeniom Odwołującego, uwzględniają koszt wykupienia serwisu producenta, a także zawierają konkretne oferty, które uzyskał w tym zakresie Przystępujący.

W konsekwencji za niezasadny należało uznać zarzut, że Zamawiający powinien ocenić te wyjaśnienia odmiennie, niż to uczynił.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych mogło mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż utrzymanie



w tajemnicy wykazu usług i referencji złożonych przez IT Solution pozbawiło Odwołującego możliwości weryfikacji, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Stąd Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie tych dokumentów Odwołującemu.

Natomiast Izba uznała, że pomimo bezpodstawnego nieudostępnienia Odwołującemu wyjaśnień odnośnie ceny złożonych przez IT Solution w tym przypadku naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 pzp nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania, gdyż równolegle postawiony w odwołaniu zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień, który nie był zarzutem ewentualnym, nie znalazł potwierdzenia. W tej sytuacji udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień jest bezcelowe, gdyż nie może on ponownie stawiać zarzutu, który został już rozpatrzony przez Izbę.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....