

Sygn. akt: KIO 2971/20, KIO 2976/20

WYROK
z dnia 7 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 r. przez:

- A. wykonawcę **ALTERSTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie** (sygn. akt: KIO 2971/20),
- B. wykonawcę **Transition Technolgies S.A. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 2976/20),

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **Transition Technolgies S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2971/20 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy **ALTERSTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2976/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie wykonawcy ALTERSTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie.
2. Uwzględnia odwołanie wykonawcy Transition Technolgies S.A. z siedzibą w Warszawie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie złożonych przez ALTERSTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie dokumentów: wykazu usług wraz z referencjami oraz wykazu osób, a także odrzucenie oferty

wykonawcy ALTERSTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **ALTERSTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie** w sprawie o sygn. akt: KIO 2971/20 i Zamawiającego – **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie** w sprawie o sygn. akt: KIO 2976/20 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **ALTERSTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie** (sygn. akt: KIO 2971/20) oraz Odwołującego – wykonawcę **Transition Technolgies S.A. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 2976/20) tytułem wpisu od odwołań,
 - 3.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **ALTERSTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie** na rzecz Zamawiającego – **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.3. zasądza od Zamawiającego – **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **Transition Technolgies S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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 – Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie opieki serwisowej oraz wsparcia oprogramowania Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt* (znak postępowania: TZ/271/34/19).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 sierpnia 2019 r. pod numerem 2019/S 157-388206.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2971/20

W dniu 16 listopada 2020 r. wykonawca ALTERSTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie [dalej „Odwołujący 1” lub „Alterstor”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Transition Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Transition”] ze względu na brak wyrażenia przez tego wykonawcę zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 21 października 2020 r.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. przeprowadzenia ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty Transition na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp;
3. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego 1;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 1 kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 1 przedstawił stan faktyczny sprawy. Uzasadniał, że oferta Transition winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Wskazał, że Transition przesyłając Zamawiającemu oba oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu składania ofert, działał na wniosek Zamawiającego, nie zaś z własnej inicjatywy. Wskazują na to chociażby pierwsze zdania każdego ze złożonych oświadczeń, w których wykonawca odwołuje się do wniosku Zamawiającego z dnia 21.10.2020 r. (tj. do pisma nr 993200/271/IN-847/2020). Zauważył, że Transition złożyło zupełnie odrębne od siebie oświadczenia, które nie tworzyły „kontynuacji”

stanu związania ofertą. Drugie oświadczenie złożone przez wykonawcę w dniu 27.10.2020 r. nie dotyczyło bowiem przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, liczonych od 31.10.2020 r. (tj. od upływu terminu związania ofertą przedłużonego pierwszym oświadczeniem z dnia 26.10.2020 r.). Drugie oświadczenie z dnia 27.10.2020 r. dotyczyło przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni, liczonych od 26.10.2020 r., a więc od upływu pierwotnego terminu związania ofertą. Istotne jednak pozostaje, że żadne ze złożonych przez Transition oświadczeń, nie może być uznane za wyrażenie przez wykonawcę zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odwołujący 1 uzasadniał, że obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy - zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp - aktualizuje się w sytuacji, w której na jego wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, wykonawca takiej zgody nie wyrazi. Przy czym - co podkreśla się w orzecznictwie KIO - obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp aktualizuje się również wówczas, gdy zgoda ta co prawda została wyrażona ale niezgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego w wystosowanym przez niego wniosku. Zgoda wykonawcy nie może pozostawać w kolizji z wymaganiami Zamawiającego, który jest uprawniony do określenia w wezwaniu kierowanym do wykonawców zarówno wymaganego okresu związania ofertą (tutaj nie dłuższego niż 60 dni), jak również do wskazania terminu, w którym będzie oczekiwał ze strony wykonawców złożenia oświadczeń w przedmiocie, wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Oczywiście przy tym pozostaje, że wyznaczony przez Zamawiającego termin nie może wykraczać poza pierwotny termin związania ofertą. Na gruncie niniejszego postępowania ostateczny termin wyznaczony przez Zamawiającego do złożenia oświadczeń o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, powiełał się z upływem pierwotnego terminu związania ofertą (26.10.2020 r.).

Wyżej opisane uprawnienia Zamawiającego do skonkretyzowania warunków wyrażenia przez wykonawców zgody na przedłużenie, terminu związania ofertą, znajdują rzecz jasna oparcie w przepisach prawa, tj. art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, który daje Zamawiającemu uprawnienie do określenia okresu, o jaki wykonawca winien przedłużyć termin związania ofertą. Jednak zakres tych uprawnień wynika również z pozycji Zamawiającego jako organizatora (gospodarza) postępowania, który odpowiada za jego sprawny przebiegu. Temu właśnie służyć mają wyznaczone przez Zamawiającego terminy, w ramach których wykonawcy zobowiązani są do podjęcia określonych czynności w postępowaniu.

Odwołujący 1 wskazywał, że nie jest rolą wykonawców negowanie wyżej opisanych prerogatyw Zamawiającego (chyba że na drodze środków ochrony prawnej) ani też ignorowanie formułowanych przez niego żądań, wniosków, czy też uchybianie wyznaczanym terminom. Tym bardziej jeśli (jak na gruncie niniejszego postępowania) Zamawiający

wskazuje datę złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, która to data jest ostatnim możliwym terminem, pokrywającym się z upływem pierwotnego terminu związania ofertą. Niezastosowanie się zaś do czynności Zamawiającego, w reżimie Prawa zamówień publicznych, wywołuje określone negatywne konsekwencje dla wykonawcy.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu każde ze złożonych przez Transition oświadczeń naruszało określone przez Zamawiającego warunki do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, wyrażone we wniosku z dnia 21.10.2020 r. Pierwsze oświadczenie z dnia 26.10.2020 r. nie odpowiadało wskazanemu przez Zamawiającego okresowi (oświadczenie to dotyczyło przedłużenia terminu o 5 dni zamiast o 60 dni). Z kolei drugie oświadczenie co prawda dotyczyło przedłużenia terminu związania ofertą o wymagane przez Zamawiającego 60 dni, jednak zostało ono złożone dzień po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (tj. 27.10.2020 zamiast do 26.10.2020 r.). Na uchybienie wyznaczonemu terminowi wskazuje data złożenia podpisu na drugim oświadczeniu przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy (27.10.2020 r.).

Zdaniem Odwołującego 1 w tej sytuacji wobec niewyrażenia przez Transition zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, wynikającymi z wniosku z dnia 21.10.2020 r., Zamawiający winien był uznać, że zaktualizowała się przesłanka do odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Odwołujący 1 na poparcie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO 151/17 oraz KIO 592/15.

Odwołujący 1 wskazał, że problem braku wyrażenia przez wykonawców zgody na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego, ma zdecydowanie szerszy kontekst skutkowy aniżeli, tylko w zakresie naruszenia zorganizowanego przez Zamawiającego przebiegu postępowania. Najistotniejszy pozostaje bowiem skutek w postaci naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Przedstawienie przez nich w złożonych przez siebie oświadczeniach znacznie różniących się od siebie okresów związania ofertą (zamiast jednego wymaganego przez Zamawiającego) istotnie różnicuje ich sytuację - chociażby w aspekcie finansowo - ekonomicznym. Przedłużenie terminu związania ofertą wiąże się przykładowo z dodatkowymi kosztami z tytułu przedłużenia ważności wadium. Inne są koszty utrzymania ważności wadium przez okres 5 dni, inne zaś w przypadku okresu 60 - dniowego. Ponadto przedłużenie takie zwiększa ryzyko wykonawcy np. w zakresie zmiany ceny oferowanego towaru lub usługi. Tym samym każdy z wykonawców powinien operować w równych warunkach. W niniejszej sprawie to nie miało miejsca.

Ponadto stan związania ofertą znacznie ogranicza dyspozycyjność wykonawców w zakresie możliwości zaangażowania się w inne przedsięwzięcia inwestycyjne, co również

różnicuje ich sytuację w zależności od zadeklarowanej długości okresu związania ofertą. W dużo gorszej sytuacji pod względem dyspozycyjności biznesowej pozostaje bowiem wykonawca związany ofertą, przez kolejne 60 dni, natomiast w znacznie lepszej, sytuacji pozostaje wykonawca związany ofertą przez kolejne 5 dni.

Odwołujący 1 wskazał, że uznanie za dopuszczalne, aby wykonawcy przy wyrażaniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego przedstawiali skrajnie różne okresy tego związania, jest uznaniem za dopuszczalne różnicowanie sytuacji wykonawców, a zatem uznaniem za dopuszczalne naruszanie zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 grudnia 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że w orzecznictwie Izby podkreśla się, że ustawa Pzp nie określa specjalnej formy dla złożenia oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą, dlatego też czynność ta może być dokonana w dowolnej formie dopuszczonej w danym postępowaniu, pod warunkiem, że wola wykonawcy przedłużenia terminu związania ofertą zostanie wyrażona w sposób dostateczny i jednoznaczny zamawiającemu. Podkreślał, że Izba stoi na stanowisku, że gwarancja wadialna stanowi inny dokument lub oświadczenie składane w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że Przystępujący załączając do pisma z dnia 26 października 2020 r. (złożonego tego samego dnia) aneks do gwarancji wadialnej z terminem do dnia 29 grudnia 2020 r. jednoznacznie wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą co najmniej do dnia 25 grudnia 2020 r. Co prawda w samym piśmie wskazuje, iż przedłuży termin związania ofertą do dnia 31 października 2020 r., jednakże kolejnym pismem, złożonym w dniu 27 października 2020 r. wskazuje, termin 25 grudnia 2020 r. Do owego pisma załącza aneks, o którym mowa powyżej w tym samym brzmieniu. Nie doszło zatem w jakimkolwiek momencie do przerwania ciągłości związania ofertą przez Przystępującego, a więc ciągłość związania ofertą została zachowana. Trudno jest w tym miejscu czynić Przystępującemu zarzut jakoby brak było kontynuacji złożonych oświadczeń i jednoznacznego celu przedłużenia związania ofertą.

Zamawiający uzasadniał, że Przystępujący załączając aneks do gwarancji wadialnej w terminie do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie związania ofertą, poprzez złożenie samego aneksu złożył przedmiotowe oświadczenie, albowiem z treści aneksu do gwarancji wadialnej jednoznacznie wynika wola Przystępującego przedłużenia terminu związania ofertą. Aneks ten, w tym samym brzmieniu, został dwukrotnie przedłożony przez Przystępującego. Zamawiający wskazał, iż powyższe stanowisko potwierdza wyrok KIO sygn. akt: KIO 971/14.

Odnosząc się do zarzutu, iż Transition złożył zupełnie odrębne od siebie oświadczenia, które nie tworzyły „kontynuacji” stanu związania ofertą Zamawiający przytoczył pogląd wyrażony przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z 9.10.2020 r. sygn. akt: KIO 2426/20 „(...) nawet jeśli przyjąć, że wykonawca nie złożył oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą do upływu ostatniego dnia związania ofertą, to jednak uczynił to już następnego dnia. Powyższe, zdaniem Izby, oznacza, że nie doszło do przerwania ciągłości terminu związania ofertą.”

Zdaniem Zamawiającego chybnym zarzutem jest: uznanie przez Zamawiającego za dopuszczalne, aby wykonawcy przy wyrażaniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego przedstawiali skrajnie różne okresy tego związania, jest uznaniem za dopuszczalne różnicowanie sytuacji wykonawców, a zatem uznaniem za dopuszczalne naruszanie zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający wskazał, że przywołując uzasadnienie wyroku KIO 151/17 należy stwierdzić, iż dotyczy ono sytuacji, kiedy to wykonawca udzielił zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na okres krótszy niż wymagany i może to stanowić sytuację, gdy pozostaje w korzystniejszej sytuacji niż inni wykonawcy, biorąc pod uwagę chociażby aspekt ekonomiczny związany z koniecznością przedłużenia wadium na ten okres, co generuje koszty, oczywiście mniejsze w przypadku 30 dni niż 60 dni. Oznacza to, że zaakceptowanie powyższego doprowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Powyższe nie będzie miało miejsca w niniejszym postępowaniu, albowiem Przystępujący udzielił zgody na okres co najmniej do 25 grudnia 2020 r., a nawet dłuższy niż wymagany przez Zamawiającego, zgodnie z treścią aneksu nr 2 do gwarancji wadialnej. A zatem można przyjąć, iż poczynił większe koszty niż przy gwarancji obejmującej okres 60 dni i w tym aspekcie ekonomicznym może on być w gorszej sytuacji niż inni Wykonawcy.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2976/20

W dniu 16 listopada 2020 r. wykonawca Transition Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący 2” lub „Transition”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Alterstor, pomimo iż jest ona niezgodna z wymaganiami SIWZ oraz, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na działaniu sprzecznym z prawem (niezgodnie z przepisami o ochronie praw autorskich) oraz złożenie oferty na dostarczenie produktów podmiotu trzeciego, bez realnego upewnienia się (choćby w postaci uzyskanej

od takiego podmiotu oferty), że będzie to możliwe, stanowi wyraz naruszającej dobre obyczaje i staranność kupiecką lekkomyślności, która narusza interesy Zamawiającego i konkurentów ubiegających się o to samo zamówienie, którzy takiej wymaganej staranności dopełnili;

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Alterstor, mimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego poprzez zapewnienie, że dostarczy Zamawiającemu poprawki lub nowsze wersje oprogramowania wytworzone przez producenta oprogramowania oraz zapewni dostęp do aktualnej bazy wiedzy o oprogramowaniu, pomimo braku oferty na zakup takich usług u producenta oprogramowania i braku możliwości zakupu go w inny sposób;

3. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 9b oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 58 §1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Alterstor, jako niezgodnej z ustawą bowiem przewidującej realizację zamówienia w całości przy udziale podwykonawców oraz nieważnej na podstawie odrębnych przepisów bowiem zmierzającej do ominięcia przepisów dotyczących odpowiedzialności Wykonawcy za realizację zamówienia, czyli uniknięcia odpowiedzialności względem Zamawiającego przez podmioty faktycznie realizujące zamówienie;

4. art. 8 ust. 1 - 3 i art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne zaniechanie udostępnienia Odwołującemu 2 dokumentów złożonych w postępowaniu przez Alterstor jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo iż dokumenty uzupełnione przez Alterstor w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie zostały zastrzeżone prawidłowo jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Alterstor jako najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenia Alterstor z postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę;
4. udostępnienia Odwołującemu dokumentów zastrzeżonych przez Alterstor jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wykazu usług, referencji, wykazu osób;
5. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosnie zarzutów zawartych w punkcie 1. i 2. *petitum* odwołania Odwołujący 2 podniósł, iż wykonawca Alterstor, w sposób wprowadzający w błąd Zamawiającego, potwierdził w postępowaniu możliwość zaoferowania realizacji zamówienia zgodnie

z wymaganiami OPZ, zarówno w złożonej ofercie, jak i w toku postępowania (w szczególności w wyjaśnieniach z dnia 17.09.2020 r.). Deklaracje Alterstor są bowiem niezgodne ze stanem faktycznym i nieoparte realnymi podstawami dla stwierdzenia możliwości realizacji przez wykonawcę przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący 2 przedstawił stan faktyczny dotyczący ww. zarzutów, w szczególności zwracał uwagę na treść pisma Oracle Polska Sp. z o.o. z dnia 7 września 2020 r. skierowanego do Zamawiającego, wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2020 r. skierowanego do Alterstor w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego 2 udzielona w piśmie z dnia 17.09.2020 r. odpowiedź wprowadza Zamawiającego w błąd poprzez potwierdzenie złożonych w formularzu oferty oświadczeń, w sytuacji gdy w sposób niebudzący wątpliwości Alterstor musiał mieć świadomość braku możliwości realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ. Tym samym - potwierdzenie w odpowiedzi na wezwanie wyrażające wątpliwości Zamawiającego, zawartych w ofercie Alterstor oświadczeń, mimo ich nieprawdziwości stanowiło celowe działanie tego Wykonawcy, a co najmniej - wyraz daleko posuniętego niedbalstwa i lekkomyślności. Złożone przez Alterstor wyjaśnienia są gołosłowne i polegają wyłącznie na potwierdzeniu deklaracji wymaganych przez Zamawiającego, bez wskazania w jaki sposób Alterstor zamierza je wypełnić, nie posiadając uprawnień do dystrybucji produktów i usług Oracle. Zarówno na dzień składania oferty, jak i przedmiotowych wyjaśnień, Alterstor nie dysponował ofertą Oracle na produkty i usługi objęte przedmiotem zamówienia. Odwołujący wskazał, że w zakresie przedstawionej informacji, iż Alterstor jest partnerem firmy Oracle - jest to informacja niewystarczająca i nie dowodząca spełnienia wymagań. Alterstor posiada aktualnie najniższy stopień partnerstwa Oracle, który nie jest wystarczającym dla możliwości zaoferowania produktów i usług wymaganych w ramach Postępowania. Niezależnie od okoliczności, iż na dzień składania ofert, zgodnie z wiedzą Odwołującego, status partnerski Alterstor nie był potwierdzony (Alterstor nie figurował w ogóle na liście partnerów Oracle dostępnej w Internecie, którą powołuje Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 17.09.2020 r.).

Odwołujący 2 wskazał, że zgodnie z praktyką wszystkich znaczących producentów oprogramowania, Oracle również prowadzi określoną politykę dystrybucyjną, która ma chronić z jednej strony prawa autorskie producenta, z drugiej zaś - zapewnić odpowiednią jakość i bezpieczeństwo korzystania z produktów i usług Oracle przez użytkowników końcowych. Dlatego też, możliwość odsprzedaży produktów Oracle, takich jak wymagane w tym postępowaniu, obwarowana jest warunkami wynikającymi z polityki Oracle i oferowanymi wszystkim dystrybutorom, chcącym oferować te produkty na rynku polskim. Sam status partnerski - i to na poziomie wykazywanym przez Alterstor - nie jest wystarczający dla zapewnienia możliwości dostarczenia poprawek i aktualizacji producenta na potrzeby ZUS. Alterstor, zgodnie z wiedzą Odwołującego 2, nie posiada ani wymaganego

statusu czy ofert ani umów, aby móc zrealizować zamówienia w zakresie wymagającym dostarczenia produktów Oracle, bez naruszenia wymagań SIWZ i praw podmiotów trzecich (producenta). Odwołujący 2 zaznaczył, iż warunki licencyjne określają również w sposób zróżnicowany warunki odsprzedaży praw do korzystania z produktów podmiotom trzecim. Sam zatem fakt posiadania lub możliwości uzyskania przez wykonawcę licencji na korzystanie z oprogramowania Oracle na potrzeby własne, nie oznacza automatycznie, że taki podmiot uprawniony będzie do korzystania z tych praw w ramach przedmiotowego zamówienia, tj. na rynku polskim oraz na potrzeby świadczenia usług dla klienta końcowego z kategorii sektora publicznego (do jakich należy ZUS). Polityka dystrybucyjna producenta służy właśnie ochronie przestrzegania przez dystrybutorów uzyskanych przez nich warunków licencyjnych, poprzez nie tylko status partnerski, ale również odpowiednie umowy dystrybucyjne i oferty/aneksy do nich, właściwe dla danego rynku dystrybucji.

Odwołujący 2 wskazał, iż ocena przedłożonych przez Alterstor wyjaśnień przez Zamawiającego była zatem nieprawidłowa, bowiem w żaden sposób nie potwierdzały one ani nie wyjaśniały, jak Wykonawca zapewni spełnianie wymagań i skąd wynikają jego uprawnienia do dystrybucji produktów Oracle - wyjaśnienia te są powtórzeniem tych deklaracji, które wprowadzały w błąd i budziły wątpliwości Zamawiającego w kontekście informacji uzyskanej od Oracle Polska sp. z o.o.

W szczególności, zupełnie bezpodstawne jest powoływanie okoliczności wskazania Oracle Polska sp. z o.o. jako podwykonawcy w ramach jednej ze złożonych ofert. Oracle Polska sp. z o.o. - jako przedstawiciel producenta na rynku polskim, ma nie tylko prawo, ale również obowiązek ochrony interesów producenta na obszarze swojej działalności, w szczególności reagowania w sytuacji, gdy zachodzi podejrzenie naruszenia praw autorskich producenta oprogramowania. Fakt zainteresowania Oracle Polska przedmiotowym postępowaniem jest oczywisty, zważywszy iż jego przedmiotem jest świadczenie usług dotyczących oprogramowania Oracle - postępowanie jest zatem otwarte na konkurencję w ramach podmiotów uprawnionych (posiadających faktyczną zdolność do realizacji przedmiotu zamówienia) do odsprzedaży produktów tego producenta. Naruszeniem zasad uczciwej konkurencji w tym obszarze, jest udział w postępowaniu i złożenie oferty przez wykonawcę, który nie może potwierdzić, iż będzie w stanie wykonać to zamówienie lub wręcz wprost działa z zamiarem dostarczania poprawek i aktualizacji nie wytworzonych przez producenta, ale zasobami innych, nieuprawnionych podmiotów.

Odwołujący 2 zaznaczył, że z wyjaśnień z dnia 17.09.2020 r. nie wynika, w jaki sposób Alterstor uzyska możliwość dostarczenia Zamawiającemu produktów Oracle, jednakże uprzedzając ewentualne kontrargumenty, Odwołujący 2 wskazał, iż żaden podmiot trzeci na rynku polskim nie jest uprawniony do tworzenia w imieniu producenta nowych wersji lub poprawek Oprogramowania. Nawet zatem jeśli, np. podwykonawca Alterstor - spółka

Comarch S.A. posiada prawa licencyjne do produktów Oracle na potrzeby własne, to nie oznacza to uprawnienia do korzystania z tych produktów w celu świadczenia usług na rzecz podmiotów trzecich - jako podwykonawca lub bezpośrednio. Podobnie, nawet praktyczne umiejętności czy faktyczny dostęp do kodów źródłowych oprogramowania, nie dają podmiotowi trzeciemu prawa do ingerencji w takie oprogramowanie w celu aktualizacji lub poprawek oferowanych na rzecz podmiotu trzeciego - niezależnie od naruszenia praw autorskich producenta, efekty takiej ingerencji nie będą spełniać wymagania dostarczenia w ramach postępowania poprawek lub nowszych wersji Oprogramowania wytworzonych przez producenta Oprogramowania.

Odwołujący 2 wskazał, że zgodnie z jego wiedzą ani Alterstor ani Comarch S.A. w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej ani na dzień składania niniejszego odwołania nie posiada aktualnej oferty producenta na dostarczenie dla Zamawiającego produktów Oracle wymaganych w ramach tego postępowania. Odwołujący 2 podał, iż potrzeba dostarczenia i zainstalowania poprawek Oprogramowania wynika także z odpowiedzi na pytanie nr 45 (wyjaśnienia z dnia 6 sierpnia 2020 r.).

Zdaniem Odwołującego 2 składając ofertę w postępowaniu i podtrzymując jej ważność, wykonawca dopuścił się nadużycia wypełniającego przesłanki więcej niż jednej podstawy odrzucenia. Oferta bowiem, nie jest zgodna z wymaganiami SIWZ, gdyż zaoferowane usługi nie spełniają wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w OPZ a złożone zapewnienia nie odpowiadają faktycznym możliwościom realizacji dostępnym dla Alterstor. Podkreślał, iż wskazywany zakres realizacji zamówienia ma dla Zamawiającego istotne znaczenie, gdyż aktualny stan posiadanego Oprogramowania (bazując chociażby na dacie wszczęcia postępowania), z pewnością wymagać będzie aktualizacji i dostarczenia poprawek wynikających z ciągłego rozwoju produktów informatycznych.

Twierdził, że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż działając z naruszeniem interesów klienta - Zamawiającego, jak i pozostałych uczestników postępowania, wykonawca zmierza do uzyskania zamówienia i składa ofertę w postępowaniu, w sytuacji, gdy nie posiada możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami OPZ. Wykonawca tym samym, korzystając z możliwości przedstawienia na etapie składania ofert informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, blokuje dostęp do realizacji zamówienia innym przedsiębiorcom, którzy ponieśli nakłady i starania w celu uzyskania uprawnień do wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia w sposób nienaruszający praw autorskich przysługujących zgodnie z prawem producentowi Oprogramowania. Z kolei, interes Zamawiającego jest zagrożony, bowiem wybierając ofertę Alterstor w oparciu o wprowadzające w błąd, nieprawdziwe informacje, jest on narażony na realizację przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymaganiami OPZ, a do tego w sposób potencjalnie naruszający prawa podmiotów trzecich. Wskazane działanie Alterstor należy

zatem rozpatrywać w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z prawem (niezgodne z przepisami o ochronie praw autorskich), ale również naruszające dobre obyczaje, które wymagają, aby składający ofertę wykonawca podejmował zobowiązania wynikające z wymagań zamówienia, z zamiarem i mając realne możliwości zapewnienia ich należytej i rzetelnej realizacji, a nie ze świadomością lub godzeniem się na to, iż nie będzie w stanie takiego zamówienia wykonać bez naruszenia wymagań Zamawiającego i/lub praw podmiotów trzecich. Już samo złożenie oferty na dostarczenie produktów podmiotu trzeciego, bez realnego upewnienia się (choćby w postaci uzyskanej od takiego podmiotu oferty), że będzie to możliwe, stanowi wyraz takiej naruszającej dobre obyczaje i staranność kupiecką lekkomyślności, która narusza interesy klienta i konkurentów ubiegających się o to samo zamówienie, którzy takiej wymaganej staranności dopełnili.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3. *petitum* odwołania Odwołujący 2 wskazał, że z oferty Alterstor wynika, że całość przedmiotu zamówienia zostanie powierzona do realizacji podwykonawcom - takie działanie jest niezgodne z przepisami ustawy i stanowi nadużycie prawa do powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom, a także zmierza do obejścia przepisów dotyczących odpowiedzialności względem Zamawiającego podmiotów realizujących faktycznie zamówienie. Wskazując na punkt 2.2 formularza oferty Alterstor Odwołujący 2 twierdził, iż zakres, który wykonawca zamierzał powierzyć do wykonania zamówienia podwykonawcom obejmuje całość przedmiotu zamówienia, z czego wynika, że wykonawca Alterstor nie będzie wykonywał na rzecz Zamawiającego żadnych usług. Jest to niedopuszczalne z punktu widzenia regulacji Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący 2 podniósł, że fakt, że całość zamówienia zostanie *de facto* wykonana przez podwykonawców, a nie przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu, potwierdzają okoliczności, że Alterstor nie ma żadnych, minimalnych nawet zasobów, aby świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia: 1) nie zatrudnia ani jednego pracownika - co wynika z zaświadczenia z ZUS złożonego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, 2) nie ma żadnej wiedzy ani doświadczenia, aby świadczyć takie usługi, 3) spółka ma kapitał zakładowy w wysokości 5 000,00 zł oraz 4) spółka została zarejestrowana 11.08.2020 roku, na 2 tygodnie przed złożeniem ofert. Wobec braku zasobów własnych Alterstor, w szczególności jakichkolwiek zasobów umożliwiających udźwignięcie ciężaru realizacji zamówienia o tak znacznej wartości i okresie trwania zobowiązania, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że mamy do czynienia z próbą ominięcia przepisów ustawy i nadużyciem instytucji podwykonawstwa m.in. w celu ograniczenia odpowiedzialności podmiotów faktycznie realizujących zamówienie względem Zamawiającego.

Odwołujący 2 wskazał, że z przepisu art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 9b ustawy Pzp wynika zakaz powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcy. Należy także mieć na uwadze, że przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się

wyłącznie wykonawcy, a nie podwykonawcy. Tymczasem w niniejszej sprawie zawarcie umowy z wykonawcą Alterstor powodowałoby, że usługa w całości byłaby świadczona przez podwykonawców, przy czym w przeważającym zakresie - przez Comarch S.A. Zaniechanie odrzucenia oferty Alterstor prowadzi do sytuacji, w której usankcjonowane byłoby działanie w celu obejścia prawa. Oferta Alterstor jest czynnością prawną pozorną - pozorność oferty wynika z faktu złożenia jej przez inny podmiot niż ten, który w praktyce będzie realizować zadanie, a podmioty które będą faktycznie realizować zamówienie nie będą odpowiadały względem Zamawiającego za należyłą realizację zamówienia.

Odwołujący 2 uzasadniał, że z wykładni literalnej przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp wynika, że w zamówieniach publicznych zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom - skoro ustawodawca wprost wskazał, że dopuszczalne jest powierzenie wykonania podwykonawcom „części zamówienia”, to wynika stąd, że niedopuszczalne jest powierzenie tym podwykonawcom całości zamówienia - jak to uczynił Alterstor. Odwołujący wskazał, że taką też wykładnię przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i praktyka rynku zamówień publicznych i przedstawił stosowne stanowiska.

Odwołujący 2 podkreślał, że w przedmiotowym przypadku, wykonawca Alterstor nie realizuje celu, dla którego prawo do korzystania z usług podwykonawcy zostało przewidziane w przepisach ustawy Pzp. A jego działanie należy rozpatrywać właśnie w kontekście naruszenia przepisów ustawy i nadużycia prawa do powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy. Celem instytucji i wprowadzenia prawa do podwykonawstwa w ramach zamówień publicznych jest, aby firmy mniejsze, tzw. MŚP (małe i średnie przedsiębiorstwa) mogły być uczestnikami rynku zamówień publicznych, nabywać doświadczenie, rozwijać się - aby w przyszłości móc samodzielnie składać oferty. Tymczasem mamy tutaj do czynienia z sytuacją dokładnie odwrotną - to Alterstor jest firmą MŚP, zarejestrowaną na 2 tygodnie przed złożeniem ofert, która nie zatrudnia pracowników i nie posiada przychodu, wiedzy, doświadczenia - żadnych zasobów pozwalających na faktyczny i realny udział w realizacji zamówienia. Natomiast wskazana jako podwykonawca w zakresie odpowiadającym całemu przedmiotowi zamówienia spółka Comarch S.A. ma wymaganą zdolność (Alterstor spełnia warunki udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w całości w oparciu o zasoby Comarch S.A.), aby samodzielnie złożyć ofertę. Druga za spółek wskazanych jako podwykonawca - Engave S.A., udostępniająca zdolność finansową oraz wpłacająca wadium w postępowaniu, jest spółką o ścisłych powiązaniach personalnych z nowo powstałą Alterstor sp. z o.o. Jedynymi udziałowcami i członkami zarządu Alterstor są Pan I. Ż. (który jest członkiem rady nadzorczej Engave S.A.) oraz Pani A. K. (która jest Prezesem zarządu Engave S.A.).

Występowanie w roli podwykonawcy - a nie strony umowy z Zamawiającym,

pozwalaloby na uniknięcie ponoszenia przez Comarch S.A. adekwatnej do udziału w realizowanych pracach, rzeczywistej odpowiedzialności za realizację zamówienia, a tym samym - na uniknięcie negatywnych konsekwencji niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia (w tym - przesłanki wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia) poprzez występowanie wyłącznie w roli podwykonawcy, przenosząc cały ten ciężar i ryzyko na nowo utworzoną spółkę. Chęć uniknięcia odpowiedzialności przez Comarch S.A. jest tym bardziej widoczna jak weźmie się pod uwagę wysokość kar umownych przewidzianą w umowie z Zamawiającym oraz trudności jakie napotkał Comarch S.A. przy realizacji umowy z ZUS, której przedmiotem było utrzymanie KSI (z informacji prasowych wynika, że ZUS odstąpił w części od umowy z Comarch S.A.). Innymi słowy oferta Alterstor jest nie tylko niezgodna z ustawą w zakresie w jakim przewiduje realizację całości zamówienia przy udziale podwykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 9b), ale także nieważna na podstawie odrębnych przepisów gdyż ma na celu obejście przepisów Pzp dotyczących odpowiedzialności względem Zamawiającego podmiotów realizujących zamówienie i skutków ewentualnego niezrealizowania lub nienależytego zrealizowania zamówienia publicznego (art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 58 §1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp).

Odwołujący 2 wskazał, że dopuszczenie do zawarcia umowy z Alterstor, podczas gdy dla wszystkich uczestników rynku IT oczywistym jest, że umowę będzie realizować w całości i wyłącznie Comarch S.A., prowadziłoby do kuriozalnej sytuacji - otóż wykonawca Alterstor nie wykonałby usługi w minimalnym zakresie, nie nabył minimalnej wiedzy i doświadczenia (oprócz doświadczenia w wystawianiu faktur na rzecz Zamawiającego i dokonywaniu przelewów na rzecz podwykonawców) - a pomimo tego w kolejnych postępowaniach mógłby się powoływać na realizację przedmiotowej umowy jako na własne doświadczenie. Wyżej opisane sytuacje ukazują zatem niedopuszczalność takiego zastosowania przepisów o podwykonawstwie i konsekwencje, do jakich może doprowadzić nadinterpretacja i rozszerzenie tego uprawnienia ponad literalne brzmienie przepisów i dopuszczenie do powierzenia realizacji zamówienia w praktycznie pełnym zakresie prac merytorycznych podwykonawcy, przy braku jakichkolwiek zdolności i zasobów własnych wykonawcy, które uzasadniałyby jego udział w postępowaniu jako samodzielnego wykonawcy. Złożona oferta, zmierza do realizacji celów przeciwnych niż wyznaczony przez ustanowione przepisy, a jej usankcjonowanie, w konsekwencji skutkować będzie dopuszczeniem fikcyjności w ramach zamówień publicznych i utrwaleniem tych negatywnych praktyk, których eliminacji służyły ostatnie zmiany w zakresie dopuszczenia podwykonawstwa i udostępnienia zasobów.

W końcu odnośnie zarzutu określonego w punkcie 4. *petitum* odwołania Odwołujący 2 wskazał, że w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru

wykazania ich niejawnego charakteru. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony ustawa Pzp w sposób wyraźny nałożyła na wykonawcę, zaś brak takich odpowiednich wyjaśnień powinien być traktowany przez Zamawiającego (czy też następczo przez Izbę) jako rezygnacja z możliwości zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazał, że Alterstor nie dołączył ani do oferty, ani do dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumentu zawierającego wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący 2 zwrócił uwagę na treść pisma Zamawiającego z 21 października 2020 r., z którego wynika, że „Zamawiający informuje, że zakończył badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oświadczeniach i dokumentach przesłanych w odpowiedzi na pismo 993200/271/IN-766/2020.”, a jednocześnie z jego treści wynika, że jedyne zastrzeżenie, jakie zostało złożone i które Zamawiający analizował - to zastrzeżenie dokonane przez Comarch S.A. Zdaniem Odwołującego 2, powyższy brak wskazuje wprost, że ocena dotycząca oferty, jak i dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, powinna być taka sama - wykonawca Alterstor po pierwsze nie wykazał, że zastrzegł jakiegokolwiek informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co więcej - Alterstor nawet nie zastrzegł żadnych informacji. Dokonał tego jedynie jego podwykonawca Comarch S.A. w złożonym przez siebie dokumencie. Jednak Prawo zamówień publicznych wyraźnie w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wymaga, aby zarówno zastrzeżenia, jak i wykazania jego zasadności dokonał wykonawca. Stąd też żadne informacje nie zostały przez Alterstor zastrzeżone skutecznie i wszystkie złożone przez tego Wykonawcę dokumenty powinny zostać w całości udostępnione wykonawcy. Dotyczy to dokumentów złożonych przez Alterstor w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, co do których Zamawiający uznał zasadność zastrzeżenia ich jawności (jak wynika z pisma z dnia 21.10.2020 r.), tj. udostępnienia pełnej treści: wykazu usług, referencji, wykazu osób.

Niezależnie od powyższego Odwołujący 2 wskazał, że nawet samo to uzasadnienie zasadności zastrzeżenia informacji nie jest wystarczające. Oczywistym jest, że złożenie ogólnikowych wyjaśnień aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji. Innymi słowy - to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - tajemnica przedsiębiorstwa może zostać uznana za skutecznie zastrzeżoną tylko w przypadku wykazania wypełnienia przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia i tylko w przypadku gdy przesłanki takie rzeczywiście istnieją. W konsekwencji w każdym przypadku zastrzeżenia jawności informacji rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy dane uzasadnienie rzeczywiście wykazuje, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący 2 przywołał na poparcie ww. stanowiska wyrok KIO z dnia 24 maja 2019 r. sygn. akt: KIO

860/19 oraz wyrok z dnia 23 sierpnia 2019 r. sygn. akt: KIO 1564/19.

Odwołujący 2 wskazał, iż uzasadnienie złożone przez Comarch S.A. nie wykazuje spełnienia wszystkich przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 2 uznk. Argumentował, że z uzasadnienia Comarch S.A. wynika, że utajnienie opiera się na rzekomej wartości kolejnych stosunków podwykonawczych, pozostając jednak na wysokim poziomie ogólnikowości i nie wchodząc w szczegóły. Na wadliwość takich uzasadnień wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 lipca 2018 roku, KIO 1460/17. Dla żadnej z zastrzeżonych informacji nie wskazano ich wartości gospodarczej - już to samo dyskwalifikuje prawidłowość zastrzeżenia. Bez podania wartości gospodarczej takich informacji wszelkie inne twierdzenia odnośnie rzekomego przymiotu „tajemnicy przedsiębiorstwa” są twierdzeniami gołosłownymi i ogólnikowymi. Bowiem dla przedsiębiorcy tajemnicą przedsiębiorstwa może być tylko taka informacja, która ma określoną wartość, a jej ujawnienie - naraziłoby przedsiębiorcę na wymierną szkodę, wskazaną w wyjaśnieniu zasadności zastrzeżenia.

Odwołujący 2 wskazał, iż nie wykazano też podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania tych informacji w poufności. Co prawda uzasadnienie w zakresie „ochrony i polityki bezpieczeństwa” nie zostało udostępnione Odwołującemu, jednakże obejmuje ono około połowy strony i wobec tego nie może zawierać rzetelnego wykazania, jakie kroki Comarch S.A. podjął. Comarch S.A. powinien był przedstawić dowody w postaci obowiązujących procedur, polityki bezpieczeństwa czy też zobowiązania pracowników i współpracowników do zachowania poufności. Brak takich dowodów powoduje, że uzasadnienie nie jest wystarczające. Natomiast, same działania Wykonawcy - Alterstor wskazują wręcz przeciwnie, brak dbałości o zachowanie poufności przekazywanych informacji, sprowadzający się do zaniedbania minimum wymaganej ochrony poprzez dołączenie do oferty uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem twierdzenia Comarch S.A. w zakresie stosowanej polityki i troski o ochronę rzeczywistej wartości gospodarczej informacji dotyczących zasobów, którymi spółka dysponuje, tracą na wiarygodności.

Następnie Odwołujący 2 wskazał, iż uzasadnienie w zakresie zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie osób jest ogólnikowe, stosowane przez Comarch S.A. w szeregu innych postępowań, zupełnie niedostosowane do stanu faktycznego zamówienia - a mianowicie do tego, że na dzień podpisania uzasadnienia, tj. 28.09.2020 r. imiona i nazwiska osób wskazanych w wykazie zostały ujawnione. Tymczasem Comarch S.A. wykazuje w tym uzasadnieniu jedynie to, że pozyskanie przez osoby trzecie informacji pozwalających zidentyfikować członków personelu może narazić na szkodę Comarch S.A., a zatem informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący 2 uzasadniał, iż za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa Comarch S.A. uważa imię i nazwisko.

Inne dane są uważane za tajemnicę tylko dlatego, że na ich podstawie można zidentyfikować daną osobę. Skoro jednak identyfikacja nie jest potrzebna, gdyż imiona i nazwiska osób skierowanych do realizacji zamówienia zostały udostępnione, to i same dane o projektach i doświadczeniu nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał, że Comarch S.A. nie wskazał, jaką wartość gospodarczą mają przedmiotowe informacje. Także ten brak powinien skutkować uznaniem zastrzeżenia za nieskuteczne i udostępnieniem wykazu osób w całości.

Kolejno Odwołujący 2 wskazał, że uzasadnienie przedstawione dla wykazu usług nie jest wystarczające i nie wykazuje spełnienia trzech wymaganych dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanek. Uzasadnienie to obejmuje argumenty opierające się o zastrzeżenie jako tajemnicę informacji o fakcie współpracy pomiędzy Alterstor i Comarch S.A. i zakresie tej współpracy: *„obydwa ww. zakresy (zarówno fakt współpracy, jak szczegółowe informacje związane z udostępnionym zasobem) muszą być zatem chronione przez Wykonawcę (...)”*. Informacja ta jest jednak już jawna, zatem argumentacja ta jest bezprzedmiotowa. Co więcej - w dacie przedkładania uzasadnienia Comarch S.A. wiedział, że informacja o współpracy i jej zakresie jest jawna i dostępna dla każdego. W sposób oczywisty wykazuje to, że także w przypadku uzasadnienia dla wykazu usług uzasadnienie jest ogólnikowe i całkowicie niedostosowane do stanu faktycznego postępowania. Orzeczenia, których stan faktyczny nie odnosi się do stanu faktycznego niniejszej sprawy - fakt współpracy Alterstor i Comarch S.A. jest jawny i powszechnie dostępny.

Ponadto Odwołujący 2 podał, że z treści uzasadnienia wynika, że Comarch S.A. wskazał w wykazie usług projekt wykonany przez Comarch S.A. jako podwykonawca innej firmy, która to firma realizowała umowę na rzecz podmiotu publicznego. Comarch S.A. wskazuje, że *„tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest sam fakt wykonania przez podmiot udostępniający określonego zamówienia (ponieważ ta informacja faktycznie sama w sobie nie stanowi tajemnicy), lecz fakt korzystania przez wykonawcę z wiedzy i doświadczenia konkretnego podmiotu - czyli podjęcia z nim współpracy przy wykonywaniu tego konkretnego zamówienia”*. Weryfikacji przez Zamawiającego oraz Krajową Izbę Odwoławczą, w oparciu o doświadczenie Odwołującego, powinna podlegać w takiej sytuacji okoliczność, czy jako tajemnica przedsiębiorstwa nie jest wskazywany projekt, który Comarch S.A. wykonywał jako podwykonawca na rzecz innej spółki z Grupy Kapitałowej Comarch. Fakt współpracy pomiędzy spółkami z tej samej grupy kapitałowej nie podlega ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie jest to bowiem okoliczność nieznana uczestnikom rynku, czy taka której ujawnienie narażałoby przedsiębiorcę na poniesienie szkody. Grupy kapitałowe powoływane są właśnie po to, aby poszczególne spółki współpracowały ze sobą, a fakt współpracy jest powszechnie znany. W takim przypadku, informacje dotyczące wykonanego zamówienia (zawarte w wykazie usług i referencji) nie

podlegają ochronie, gdyż podstawą ich zastrzeżenia nie była poufność informacji dotyczących samego zamówienia referencyjnego, ale wyłącznie fakt współpracy w ramach stosunku podwykonawstwa między Comarch S.A. i kontrahentem.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 grudnia 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W przedmiocie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Alterstor z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji oraz której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, jak również zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiający podał, że zgodnie z treścią Formularza Oferty, stanowiącego Załącznik nr 1 SIWZ Zamawiający wymagał, by oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia spełniał wszystkie wymagania określone w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ i we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ oraz warunkach określonych w SIWZ. W tym zakresie Zamawiający otrzymał od Przystępującego stosowne oświadczenia, również te, które zostały złożone przez Przystępującego na wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2020 r. oraz z dnia 12 listopada 2020 r., a wywołane pismami Oracle Polska Sp. z o.o. Zamawiający po ich otrzymaniu i analizie nie powziął żadnych wątpliwości, co do możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia przez Przystępującego. Na potwierdzenie ww. stanowiska Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r. sygn. akt: KIO 35/13.

Zamawiający wskazał, iż dokonał szeregu wyjaśnień i modyfikacji SIWZ, w tym Załącznika nr 2 i Załącznika nr 8 do SIWZ w dniu 06 sierpnia 2020 r. I tak Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 41 wskazał, że wybrany przez niego wykonawca najpóźniej w dniu zawarcia umowy będzie musiał posiadać partnerstwo Oracle Polska lub posiadać możliwość dostarczenia analizy błędów, modyfikacji i poprawek Oprogramowania na potrzeby ZUS w sposób nienaruszający praw autorskich podmiotów trzecich w tym producenta Oprogramowania, pod rygorem odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy, i naliczenia kary umownej w wysokości określonej w § 5 ust. 13. Z analizy powyższych zapisów nie wynika, by Zamawiający w jakikolwiek sposób formułował wymóg posiadania przez Wykonawcę oferty Oracle na produkty i usługi objęte przedmiotem zamówienia. Dla Zamawiającego istotnym jest, by w dniu zawarcia umowy wykonawca mógł dostarczyć analizę błędów, modyfikacji i poprawek Oprogramowania. Oczywiście może to uczynić, jeśli posiada status partnera Oracle lub też w inny sposób, tak by nie naruszyć praw autorskich podmiotów trzecich w tym producenta Oprogramowania. Poza rozważaniami Zamawiającego pozostaje kwestia sposobu nabycia przez wykonawcę prawa do dostarczenia przedmiotu zamówienia, oby był to sposób zgodny z prawem i nie naruszający praw osób trzecich, w tym praw producenta Oprogramowania. Jak wynika z twierdzeń Odwołującego 2 jedyną

i skuteczną metodą na złożenie oferty w postępowaniu jest otrzymanie oferty od Oracle Polska Sp. z o.o., posiadanie prawa do dystrybucji produktów i usług Oracle. Podkreślenia wymaga fakt, iż żaden z wykonawców, ani sam Oracle Polska sp. z o.o. nie kwestionowali zmian do Umowy i SIWZ wprowadzonych przez Zamawiającego w dniu 06 sierpnia 2020 r., o których mowa powyżej. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 16 maja 2019 r. sygn. akt: KIO 775/19.

Dalej Zamawiający stwierdził, że niepoparte żadnymi dowodami było stanowisko Odwołującego 2 dotyczące polityki dystrybucyjnej Oracle. Z twierdzeń Odwołującego 2 jednoznacznie nie wynikało, jakie warunki powinien spełniać potencjalny wykonawca w tym postępowaniu. Z jednej strony Odwołujący 2 wskazał, że sam status partnera Oracle może być niewystraszający. Dodatkowo może być to status partnerski o różnym poziomie. A nadto taki partner powinien posiadać ofertę albo umowę z Oracle na dystrybucję produktów. Przy tym Odwołujący 2 wskazał, że warunki licencyjne w zróżnicowany sposób określają możliwość odsprzedaży praw do korzystania z produktów podmiotom trzecim.

Zamawiający stwierdził, że czytając uzasadnienie Odwołującego 2 można odnieść wrażenia, że polityka dystrybucyjna Oracle jest niejednoznaczna. Z opisu wynika, że istnieją różne warunki i możliwości dystrybucji produktów i usług Oracle. Nie ma jednej ścieżki dystrybucji. Albowiem może to być status partnera, ale odpowiedni, może być to posiadana umowa lub oferta od Oracle. A nadto warunki licencyjne odsprzedaży praw do korzystania z produktów podmiotom trzecim również mogą być inne. Podkreślał, że Odwołujący 2 nie wskazał, jakie konkretnie warunki polityki dystrybucji produktów Oracle i usług należy spełnić, by móc oferować je w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że jedno wydaje się pewne z treści odwołania, że dystrybucja produktów i usług producenta, określonych w tym postępowaniu, jak wynika z treści odwołania, uzależniona jest przez Oracle m.in. od obowiązku posiadania oferty Oracle na dzień złożenia oferty w postępowaniu, a takiego wymogu nie stawiał Zamawiający. Powyższe potwierdza również fakt, iż Comarch S.A. (podwykonawca Przystępującego) pismem z dnia 24 sierpnia 2020 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przesunięcie terminu składania ofert z dnia 25 sierpnia 2020 r. na dzień 28 sierpnia 2020 r. z uwagi na fakt, iż oczekuje na ofertę producenta oprogramowania. Brak takiej oferty skutkuje niemożliwością złożenia oferty w postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego firma Comarch S.A. będąca znaczącym uczestnikiem na rynku usług IT, przystępując do niniejszego postępowania, jako podwykonawca Alterstor Sp. z o.o., który złożył ofertę w postępowaniu, nie narażałby się na utratę zaufania producenta Oprogramowania i utratę wizerunku. Sam fakt przedłożenia powyższego pisma wskazuje na intencję Comarch S.A. Niemniej jednak należy pamiętać, że Zamawiający dopiero na etapie podpisania umowy wymaga dostarczenia produktów producenta Oprogramowania.

Odnosząc się do kwestii czynu nieuczciwej konkurencji Zamawiający podał, że Przystępujący zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz stosownie do treści SIWZ i załączników spełnił wszystkie postawione przez Zamawiającego wymogi. Wszelkie wątpliwości, które pojawiały się, po pismach skierowanych przez Oracle Polska Sp. z o.o., zostały przez Przystępującego wyjaśnione. Co prawda Odwołujący 2 wskazuje, że mają one charakter deklaratoryjny i są gołosłowne, jednakże, jak już uprzednio wspomniano w niniejszym piśmie, Zamawiający oczekuje, że wykonawca z chwilą zawarcia Umowy dostarczy analizę błędów, modyfikacje i poprawki producenta Oprogramowania. Nadto Odwołujący 2 nie powołuje na powyższą okoliczność żadnych dowodów. Zatem dla Zamawiającego z momentem podpisania Umowy zmaterializuje się obowiązek posiadania przez Przystępującego uprawnienia do dystrybucji usług Oracle.

Z treści uzasadnienia odwołania wynika, że Oracle prowadzi politykę dystrybucyjną swoich produktów i usług. Zamawiającemu nie jest znana polityka dystrybucyjna produktów i usług Oracle. Odwołujący 2 nie przedstawił żadnych dowodów, które wskazywałyby jakiego rodzaju jest to polityka, w jaki sposób potencjalny Wykonawca może dystrybuować produkty i usługi Oracle. Co prawda Odwołujący 2 wskazuje na posiadanie partnerstwa, umów, ofert, czy też warunków licencyjnych, ale szczegółów nie przedstawia. Z przedstawionego opisu w żaden sposób nie można odnaleźć informacji, które wskazywałyby, kto i na jakich warunkach może dystrybuować produkty i usługi Oracle. A nadto można odnieść wrażenie, że polityka ta nie jest spójna. Jak sam Odwołujący 2 wskazuje, może to być partnerstwo, umowa, oferta. Również warunki licencyjne produktów mogą być różnie skonstruowane. Niemniej jednak podkreślenia wymaga fakt, iż z treści odwołania wynika, że potencjalny Wykonawca, który chciał złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu powinien posiadać ofertę od Oracle Polska. Niejednoznacznie wybrzmiewa, że ten Wykonawca, który nie uzyskał takiej oferty na etapie składania ofert w postępowaniu nie mógł zgodnie z polityką Oracle Polska składać takiej oferty.

Zamawiający wskazał, że nie wymagał, by usługi będące przedmiotem niniejszego postępowania pochodziły od Oracle Polska. Faktem jest, że Zamawiający wskazał, jako możliwość, że wybrany przez niego Wykonawca najpóźniej w dniu zawarcia umowy będzie musiał posiadać partnerstwo Oracle Polska, bowiem jest to dystrybutor na rynku polskim lub posiadać możliwość dostarczenia analizy błędów, modyfikacji i poprawek Oprogramowania na potrzeby ZUS w sposób nienaruszający praw autorskich podmiotów trzecich w tym producenta Oprogramowania. Powyższy wymóg nie ogranicza potencjalnego Wykonawcy w możliwości nabycia uprawnień do dystrybucji produktów i usług na innych rynkach. Kluczowym bowiem dla Zamawiającego jest, by dostarczony mu produkt pochodził od producenta Oprogramowania i nie naruszał praw osób trzecich, w tym samego producenta, zaś kanał dystrybucji ma dla Zamawiającego marginalne znaczenie.

Odnosnie zarzutu sprzeczności z ustawą oraz nieważności na podstawie odrębnych przepisów oferty wykonawcy Alterstor Zamawiający podniósł, że przepis art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp, stanowi punkt wyjścia do rozważań, jak dużą część można powierzyć podwykonawcy, a więc czy wykonawca może powierzyć podwykonawcy 100% przedmiotu zamówienia do wykonania. Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych interpretacja powyższych przepisów nie może być dokonywana oddzielnie, ale musi uwzględniać ich treść w powiązaniu ze sobą. Z przepisów tych wynika zatem, że co do zasady podwykonawcy może zostać powierzona każda część zamówienia, z wyjątkiem tej części, która została przez zamawiającego zastrzeżona jako kluczowa. Jeżeli zamawiający nie zastrzega jako kluczowej żadnej części zamówienia, wówczas całość zamówienia (wszystkie jego części) może zostać powierzona podwykonawcy.

Zdaniem Zamawiającego należy uznać, że skoro zamawiający nie zastrzegł do wykonania kluczowej części zamówienia, to nie może odmówić wykonawcy prawa skorzystania z podwykonawcy również przy realizacji całości zakresu zamówienia publicznego. Wykonawca może powierzyć podwykonawcy dowolną część przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 1107/18, uchwałę KIO z dnia 7 listopada 2013 r. sygn. akt: KIO/KU 97/13. Zamawiający odwołał się również do poglądów doktryny w ww. zakresie.

Zamawiający poddał analizie wyrok KIO z dnia 18 maja 2018 r. sygn. akt: KIO 862/18 i wskazał, że analogiczna sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Przystępujący posiłkuje się potencjałem podmiotu trzeciego w ramach potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ten sam podmiot wpisany zostaje w formularz ofertowy jako podwykonawca. Comarch S.A. jest firmą o wieloletnim stażu na rynku usług IT. Zamawiający współpracują z nim od wielu lat, przy kluczowych projektach. To Comarch S.A. dający gwarancję realizacji Umowy, będzie odpowiadał za świadczenie usług wsparcia i serwisu, Tym bardziej, że ten sam Comarch S.A. dostarczył Zamawiającemu licencje na oprogramowanie w liczbie 20 Oracle Tuxedo i 20 Oracle Salt w dniu w dniu 22 maja 2020 r., którego wsparcie i serwis jest przedmiotem niniejszego postępowania.

Zamawiający wskazał, że obiektywnie odnosząc się do prezentowanego przez Odwołującego 2 stanowiska w odwołaniu, Przystępujący, w warunkach polityki dystrybucyjnej Oracle, sam nie miałby możliwości świadczenia powyższych usług. Jak słusznie zauważyła Izba w przywołanym powyżej wyroku założenie więc, że podmiot trzeci wykonywał będzie w 100 % zamówienia, jest zdaniem składu Izby, założeniem na wyrost, biorąc pod uwagę konkretny przedmiot zamówienia i w tym przypadku uwarunkowania rynkowe.

Zamawiający podkreślał, iż w praktyce często zdarza się powierzanie całości zamówienia podwykonawcom, szczególnie w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z potencjału

wiedzy i doświadczenia (aktualnie zdolności technicznej i zawodowej) podmiotu trzeciego, który następnie będzie wykonywał zamówienie jako podwykonawca. Zatem trudno jest uznać, że prowadzi to do wypaczenia celu postępowania, jeśli korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego z równoczesnym zleceniem podwykonawstwa jest dopuszczone przez ustawodawcę.

Zamawiający zgodził się z Odwołującym 2, iż celem instytucji i wprowadzenia prawa do podwykonawstwa w ramach zamówień publicznych jest, aby firmy mniejsze tj. małe i średnie przedsiębiorstwa mogły być uczestnikami rynku zamówień publicznych, nabywać doświadczenie, rozwijać się - aby w przyszłości móc samodzielnie składać oferty. Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie określają wymogów formalnych dla wykonawców składających oferty, dotyczących czasu powstania spółki, jej bytności na rynku, czy też liczby posiadanych pracowników i wysokości kapitału zakładowego. Przepisy zostały w taki sposób skonstruowane, aby umożliwić drobnym przedsiębiorcom możliwość udziału w postępowaniach o zamówienia publiczne. Wobec czego mogą one powoływać się w zakresie wiedzy i doświadczenia na zasoby podmiotów trzecich, jak również korzystać z podwykonawstwa. Niewątpliwie ta druga forma daje tym przedsiębiorcom możliwość nabycia stosownej wiedzy i doświadczenia, by w późniejszym czasie startować w podobnych postępowaniach. Należy wskazać, że takie usługi, które zastrzegł Przystępujący w ofercie, jak obsługa finansowa, przyjmowanie zgłoszeń, mogą być wykonywane w ramach umowy zlecenia, nie wymagają zatrudnienia pracowników.

Ponadto Zamawiający wskazał, że zgodnie z aktualną linią orzeczniczą uwzględnił konieczność miarkowania kar a żaden z Wykonawców, w tym Odwołujący 2, nie wnosił zastrzeżeń do tych postanowień SIWZ, zatem czynienie wyrzutów Zamawiającemu teraz jest spóźnione. Podniósł, iż zarzuty Odwołującego 2 świadczą o lekceważącym traktowaniu Zamawiającego i jego podejścia do prowadzenia postępowań o zamówienia publiczne. Fakt odstąpienia od umowy na utrzymanie KSI z Comarch S.A. nie ma żadnego znaczenia dla tej sprawy, albowiem postępowania te są przedmiotowo całkowicie odmienne. A nadto nie zachodzi żadna okoliczność, która świadczyłaby o tym, że Wykonawca z góry działa z powziętym zamiarem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. A wręcz przeciwnie wszystkie oświadczenia Przystępującego składane w toku postępowania świadczą o tym, iż jest gotowy i chce realizować umowę.

Kara umowna pełni funkcję odszkodowawczą, funkcję prewencyjno-represyjną, motywującą dłużnika do wykonania świadczenia zgodnie z ustalonymi w umowie warunkami jakościowymi i w oznaczonym w umowie terminie. Kolejnym środkiem dyscyplinującym, a przede wszystkim zabezpieczającym Zamawiającego przed niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy jest zabezpieczenie należytego wykonania umowy. W ostateczności Zamawiający może skorzystać z odstąpienia od umowy lub jej

wypowiedzenia. Podkreślał, iż intencją Zamawiającego nie jest korzystanie z powyższych środków, ale zabezpieczenie w taki sposób umowy, by mogła być ona właściwie wykonywana. Przypomnienia wymaga fakt, iż żaden z wykonawców nie kwestionował zapisów w powyższym zakresie.

W ocenie Odwołującego 2 celem powołania podwykonawcy jest uniknięcie przez niego odpowiedzialności. Można też postawić tezę przeciwną, a więc uzyskanie przez Przystępującego możliwości udziału w postępowaniu. Przystępujący w realiach opisanych przez Odwołującego 2 w uzasadnieniu odwołania, tj. konieczności posiadania stosownej oferty od Oracie Polska, czy też odpowiedniego statusu partnera i innych uwarunkowań wynikających z bliżej nieznannej polityki dystrybucyjnej musi posiłkować się innym podmiotem, by móc brać udział w postępowaniu. Nie przesądzając powyższej tezy, intencją Zamawiającego jest zrealizowanie powyższego zamówienia i podpisanie umowy z podmiotem, który bezpośrednio lub pośrednio spełnia warunki określone w postępowaniu i daje gwarancję wykonania umowy.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezskuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 27 października 2017 r. sygn. akt: KIO 2112/17. Uzasadniał, że aby wykazać nieprawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w pierwszej kolejności Odwołujący 2 powinien udowodnić, że wykazanie przedstawione Zamawiającemu było nieudowodnione lub nieskuteczne, czyli nie wykazywało waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, czyli, że zastrzegane informacje są powszechnie dostępne i znane, że nie mają wartości gospodarczej, że nie są to informacje o charakterze technicznym, technologicznym czy organizacyjnym, lub że Przystępujący nie zachował należytej ostrożności w celu zachowania poufności informacji (tak w wyr. KIO 102/20 z dnia 05 lutego 2020 r.).

Zamawiający odwołał się również do poglądów doktryny oraz orzecznictwa Izby dotyczących momentu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów składanych przez wykonawcę na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, po terminie składania ofert lub wniosków.

Zamawiający wskazał, że nie ma wątpliwości, iż Przystępujący załączając do dokumentów, do których został wezwany, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Comarch S.A. wraz z załącznikami: 1) wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie - zdolność techniczna udostępniona przez podmiot trzeci, 2) wykaz osób, skierowanych do realizacji zamówienia/Dokumenty dotyczące osób skierowanych do realizacji zamówienia; 3) dokumenty dotyczące podmiotów trzecich - przez sam fakt załączenia tych dokumentów i uzasadnia objął je zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Argumentował, że skoro dopuszczalnym jest powoływanie się przez wykonawcę w celu wykazania spełnienia

warunku udziału w postępowaniu na dokumenty i oświadczenia pochodzące od podmiotu udostępniającego zasoby, to również należy uznać, iż uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnicą przedsiębiorstwa pochodzącym od tego podmiotu (który znając wagę przekazywanych Wykonawcy informacji i będąc podmiotem najlepiej poinformowanym co do sposobu ich chronienia, a zatem mogącym najlepiej wykazać spełnianie przez te informacje definicji tajemnicy przedsiębiorstwa) Wykonawca może się posłużyć w celu zastrzeżenia informacji, zgodnie z intencją tego podmiotu. Zastrzeżenia oświadczenia podmiotu trzeciego oraz składane przez niego oświadczenia i dokumenty mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli odpowiadają wymaganiom wynikającym z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) (tak w uzasadnieniu wyroku KIO 2314/16 z dnia 23 listopada 2018 r.).

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego 2 w zakresie wykazu osób Zamawiający wskazał, że należy uznać je za bezprzedmiotowe, w zakresie ujawnienia imion i nazwisk, albowiem stosownie do treści pisma Zamawiającego z dnia 4 września 2020 r. oraz z dnia 21 października 2020 r. podlegały one ujawnieniu. Zamawiający podniósł, że sam fakt ujawnienia imienia i nazwiska osób nie przesądza o tym, iż pozostałe informacje, które mają związek z daną osobą powinny podlegać ujawnieniu. Biorąc pod uwagę rynek usług informatycznych, który podlega dynamice zmian i wymusza na wykonawcach konieczność dostosowania się do nowych warunków, ujawnienie informacji o projektach i doświadczeniu personelu może narażać wykonawcę na utratę przewagi na danym rynku.

Przechodząc do wykazu usług Zamawiający podał, że chybiona jest argumentacja Odwołującego 2 w zakresie zastrzeżenia tajemnicą faktu współpracy Alterstor sp. o.o. z Comarch S.A., albowiem od początku, jak sam Odwołujący 2 przyznaje, jest ona informacją jawną. Zamawiający analizując zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wziął pod uwagę specyfikę zamówienia oraz rynku, na którym jest ono realizowane - a szczególnie to, czym przedsiębiorstwa na tym rynku ze sobą konkurują. W specyficznych sytuacjach informacje na jednym rynku błahę mogą mieć kluczowe znaczenie dla konkurencji na innym rynku. Na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołał wyrok KIO sygn. akt: 1627/18. Przy tym nie zawsze możliwym jest wykazanie nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji i wystarczającym jest złożenie oświadczenia w tym zakresie (wyrok KIO sygn. akt: 1618/18).

Zamawiający przywołał również wyrok KIO sygn. akt: KIO 2121/16, z którego wynika, iż obowiązek wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest tożsamy z obowiązkiem przedstawienia dowodów w postaci dokumentów. Jak wynika z powołanego przepisu, ustawodawca pozostawił wykonawcom swobodę co do wyboru środka dowodowego.

Analizując zastrzeżenie informacji odnoszących się do podmiotu udostępniającego zasób Zamawiający uznał jego zasadność z uwagi na wypełnienie w jego ocenie przesłanek odnoszących się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W przedłożonym uzasadnieniu zawarty został szczegółowy opis polityki ochrony i bezpieczeństwa informacji, zastosowany przez Comarch S.A. oraz uzasadnił ochronę tych informacji z uwagi na ich wartość gospodarczą.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 oraz Odwołujący 2 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 17 listopada 2020 r. powiadomił wykonawców o odwołaniach wniesionych przez obu Wykonawców.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Transition Technolgies S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2971/20 w dniu 19 listopada 2020 r. po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę ALTERSTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2976/20 w dniu 18 listopada 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 2 grudnia 2020 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego 2 w toku rozprawy, tj.:

1. oświadczenie Oracle Polska z dnia 30 listopada 2020 r.;
2. ofertę Oracle z dnia 21 sierpnia 2020 r.;
3. dodatek o zakresie dystrybucji programów pełnego użytkowania, sprzętu komputerowego lub usług do ramowej umowy dystrybucyjnej programu Oracle PartnerNetwork;

Jednocześnie Izba dopuściła dowody złożone przez Przystępującego Alterstor, tj.:

1. umowę nr 1055499 z dnia 6 września 2016 r.;
2. plik faktur VAT;
3. wydruk ze strony internetowej zawierający artykuł pn. Firma Engave zmienia profil działania i powołuje nowego dyrektora zarządzającego;
4. wydruk informacji z KRS dotyczący Engave S.A.

Izba wzięła pod uwagę również dowód z okazania stanowiący ofertę Comarch S.A. udzieloną przez Oracle objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do treści punktu 1.8 SIWZ, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom. W takim przypadku zobowiązany jest do: wskazania powierzonej części (zakresu) zamówienia w swojej ofercie, sporządzonej na wzorze stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ oraz wskazania firm podwykonawców (o ile są znane) w części II „Informacje dotyczące wykonawcy”, sekcji D: „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega” w formularzu JEDZ.

Zgodnie z punktem 2 SIWZ oraz modyfikacją specyfikacji z dnia 6 sierpnia 2020 r., przedmiotem zamówienia jest świadczenie opieki serwisowej oraz wsparcia oprogramowania Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt. Świadczenie usług opieki serwisowej przez 24 miesiące, świadczenie usług wsparcia w okresie 24 miesięcy w wymiarze do 3 124 roboczogodzin (na zamówienie). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał załącznik nr 2 do SIWZ.

Zgodnie z punktem 3.1.21. załącznika nr 2 do SIWZ, wykonawca dostarczy Zamawiającemu poprawki lub nowsze wersje Oprogramowania. W ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 6 sierpnia 2020 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy dotyczące ww. postanowienia specyfikacji wyjaśnił, że „będzie wymagał od Wykonawcy dostarczenia Zamawiającemu poprawek lub nowszych wersji Oprogramowania wytworzonych przez producenta Oprogramowania.” Zgodnie z punktem 3.1.22 załącznika nr 2 do SIWZ, wykonawca zapewni dostęp do aktualnej bazy wiedzy o Oprogramowaniu. Zgodnie z modyfikacją nr 17 - § 2 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy otrzymał brzmienie: „Wykonawca jest zobowiązany przez cały okres obowiązywania Umowy posiadać status partnera firmy Oracle Polska lub posiadać możliwość dostarczenia analizy błędów, modyfikacji i poprawek Oprogramowania na potrzeby ZUS, w sposób nie naruszający praw autorskich podmiotów trzecich w tym producenta Oprogramowania, pod rygorem odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy, co uprawnia Zamawiającego do naliczenia kary umownej w wysokości określonej w § 5 ust. 13.”

Jednocześnie w ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 6 sierpnia 2020 r. (pytanie nr 41) Zamawiający podał, że „(...) wybrany Wykonawca najpóźniej w dniu zawarcia umowy będzie musiał posiadać partnerstwo Oracle lub posiadać możliwość dostarczenia analizy błędów, modyfikacji i poprawek Oprogramowania na potrzeby ZUS w sposób nienaruszający praw autorskich podmiotów trzecich w tym producenta Oprogramowania, pod rygorem odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy, i naliczenia kary umownej w wysokości określonej w § 5 ust. 13.”

Termin składania ofert upłynął 28 sierpnia 2020 r. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło pięciu wykonawców.

Wykonawca Alterstor w punkcie 2.2 formularza ofertowego oświadczył, że deklaruje następujące warunki realizacji zamówienia: podwykonawcom zamierzamy powierzyć wykonanie zamówienia w części dotyczącej przyjmowania zgłoszeń oraz usług wsparcia oprogramowania:

1. Engave S.A. – przyjmowanie zgłoszeń w systemie teleinformatycznych, obsługa finansowa;
2. Comarch S.A. – usługi serwisowe i wsparcia oprogramowania Oracle Tuxedo i Oracle Salt.

Pismem z dnia 7 września 2020 r. Oracle Polska Sp. z o.o. poinformował Zamawiającego, że spółka Alterstor Sp. z o.o., nie jest uprawniona do dystrybucji produktów i usług Oracle będących przedmiotem ww. postępowania.

Pismem z dnia 14 września 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Alterstor w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności do wyjaśnienia, że wykonawca będzie w stanie świadczyć usługi dostarczenia poprawek oraz nowszych wersji Oprogramowania wytworzonych przez producenta Oprogramowania, zapewnić dostępu do aktualnej bazy wiedzy o Oprogramowaniu, zgodnie z zapisami pkt 3.1.21 (Modyfikacja nr 6 z dn. 06.08.2020 r.) oraz pkt 3.1.22. Załącznika nr 2 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, oraz, że przez cały okres obowiązywania Umowy posiadać będą Państwo status partnera firmy Oracle Polska lub posiadać możliwość dostarczenia analizy błędów, modyfikacji i poprawek Oprogramowania na potrzeby ZUS, w sposób nie naruszający praw autorskich podmiotów trzecich w tym producenta Oprogramowania, zgodnie z zapisami § 2 ust. 8 Załącznika nr 8 do SIWZ Wzoru Umowy.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Alterstor wskazał, że podtrzymuje oświadczenia złożone wraz z ofertą na formularzu ofertowym wskazane w pkt. 1 ppkt. 1.1, 1.2. i 1.3 formularza. Wykonawca przez cały okres obowiązywania umowy będzie posiadać możliwość dostarczenia analizy błędów, modyfikacji i poprawek Oprogramowania na potrzeby ZUS, w sposób nienaruszający praw autorskich podmiotów trzecich w tym producenta Oprogramowania – zgodnie z zapisami § 2 ust. 8 Załącznika nr 8 do SIWZ –

Wzór umowy. Ponadto oświadczył, iż wykonawca dostarczy Zamawiającemu poprawki lub nowsze wersje Oprogramowania wytworzone przez producenta Oprogramowania oraz zapewni dostęp do aktualnej bazy wiedzy o Oprogramowaniu – zgodnie z zapisami pkt. 3.1.21 (w brzmieniu nadanym modyfikacją nr 6 z dnia 6 sierpnia 2020 r.) oraz pkt. 3.1.22 Załącznika nr 2 do SIWZ OPZ. Oświadczył także, że jest partnerem firmy Oracle i przedstawił stosowny załącznik.

Pismem z dnia 21 września 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Alterstor w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia stosownych oświadczeń i dokumentów.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Alterstor złożył m.in. wykaz usług (załącznik nr 10 do SIWZ) wraz z referencjami oraz wykaz osób (załącznik nr 11 do SIWZ), które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęto także uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 28 września 2020 r.

Pismem z dnia 21 października 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Alterstor o odtajnieniu ww. dokumentów w części. Zamawiający wskazał, że w zakresie:

- a) uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa - Zamawiający uznaje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w części pisma traktującej o ochronie i polityce bezpieczeństwa;
- b) wykazu usług – Zamawiający uznaje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w części dotyczącej nazwy i zakresu świadczonej usługi, okresu jej świadczenia oraz podmiotu na rzecz, którego była świadczona;
- c) referencje – Zamawiający uznaje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w części dotyczącej wystawcy dokumentu, nazwy świadczonej usługi, podpisu oraz daty wystawienia dokumentu;
- d) wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia – Zamawiający uznaje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w części dotyczącej informacji o projektach informatycznych, w których osoby te nabyły wymagane doświadczenie.

Pismem z dnia 21 października 2020 r. Zamawiający zwrócił się do wszystkich uczestniczących w postępowaniu wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium o 60 dni, tj. do 25 grudnia 2020 r. Zamawiający wskazał, że zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, należy przekazać Zamawiającemu przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, tj. nie później niż do 26 października 2020 r.

Wykonawca Transition w odpowiedzi na ww. pismo Zamawiającego złożył we wskazanym przez Zamawiającego terminie, tj. 26 października 2020 r. oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 5 dni, tj. do dnia 31 października 2020 r. Jednocześnie wykonawca przedłożył aneks nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej nr 350 – 05806571 zmieniającej punkt 7, który po zmianie otrzymał brzmienie: „Gwarancja obowiązuje od dnia 28 sierpnia 2020 r. do dnia 29 grudnia 2020 r.

Tylko żądanie zapłaty otrzymane przez Gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu Gwarancji”.

W dniu 27 listopada 2020 r. o godz. 7.26 wykonawca Transition złożył Zamawiającemu oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium o kolejne 60 dni, tj. do dnia 25 grudnia 2020 r.

W dniu 5 listopada 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Alterstor. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta wykonawcy Transition.

Pismem z dnia 10 listopada 2020 r. Oracle Polska Sp. z o.o. poinformował Zamawiającego, że:

1. spółka Alterstor nie jest uprawniona do dystrybucji produktów i usług Oracle będących przedmiotem ww. postępowania;
2. spółki wskazane przez Alerstor Sp. z o.o. jako jej podwykonawcy tj. spółka Comarch S.A. i spółka Engave S.A. nie posiadają uprawnień do dostarczania poprawek lub nowszych wersji oprogramowania Tuxedo oraz Salt, będącego w posiadaniu Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, wytworzonych przez producenta tego oprogramowania.

Kolejnym pismem z dnia 10 listopada 2020 r. Oracle Polska Sp. z o.o. poinformował Zamawiającego, że:

1. spółka Alterstor Sp. z o.o. jest członkiem Oracle Partner Network (program OPN), w ramach którego ma dostęp do wersji deweloperskich i demonstracyjnych oprogramowania Oracle. Oprogramowanie i usługi, do których Partner ma dostęp w ramach Programu OPN nie mogą być wykorzystywane do świadczenia usług na rzecz podmiotów trzecich, jak również nie mogą być wykorzystywane do obsługi działalności zarówno Partnera, jak i żadnego podmiotu trzeciego. Szczegółowe uprawnienia przysługujące członkom Programu OPN są dostępne na stronie internetowej: <https://www.oracle.com/partnernetwork/program/enablers/>;
2. warunkiem otrzymania prawa do dystrybucji oprogramowania Oracle, w tym Oprogramowania Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt, jak również dystrybucji usług Oracle jest podpisanie z Oracle Polska Sp. z o.o. Umowy Dystrybucyjnej. Spółka Alterstor Sp. z o.o. nigdy nie podpisała z Oracle Polska Sp. z o.o., ani z innym podmiotem z grupy Oracle, takiej Umowy Dystrybucyjnej;
3. dodatkowo, dbając o szczególną ochronę, warunkiem Oracle dla Partnerów, którzy chcą mieć prawo do dystrybucji oprogramowania i usług Oracle do podmiotów sektora publicznego, do którego niewątpliwie należy Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jest przejście procesu weryfikacji (due dilligence proces) i po pozytywnej weryfikacji przez Oracle, podpisanie Załącznika do Umowy Dystrybucyjnej dającego prawo do dystrybucji oprogramowania i usług Oracle do podmiotów sektora publicznego (Załącznik PSADD).

Spółka Alterstor Sp. z o.o. nigdy nie przeszła procesu weryfikacji i nie podpisała ww. załącznika.

Pismem z dnia 12 listopada 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Alterstor o informację, czy ww. Wykonawca podtrzymuje oświadczenia złożone w punkcie 1.1, 1.2 oraz 1.3 oferty. Jednocześnie Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie oraz wskazanie w jaki sposób zamierzają Państwo realizować przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ, w szczególności w zakresie wskazanym powyżej i bez prawa udzielonego przez Oracle Polska Sp. z o.o. do dystrybucji oprogramowania oraz usług tj. dostarczenia poprawek oraz nowszych wersji Oprogramowania wytworzonych przez producenta Oprogramowania, zapewnienia dostępu do aktualnej bazy wiedzy o Oprogramowaniu, zgodnie z zapisami pkt 3.1.21 (Modyfikacja nr 6 z dn. 06.08.2020 r.) oraz pkt 3.1.22. Załącznika nr 2 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe pismo wykonawca Alterstor wskazał, że podtrzymuje oświadczenia złożone wraz z ofertą na formularzu ofertowym wskazane w pkt 1 ppkt 1.1, 1.2. i 1.3 formularza oraz oświadczenie złożone w wyjaśnieniach z dnia 17.09.2020 r.

Wykonawca zwrócił uwagę, że już z jego oferty jednoznacznie wynika, że w powyższym zakresie Wykonawca realizować będzie zamówienie przy udziale podwykonawcy (Comarch S.A.). Wskazany w ofercie podwykonawca ma wszelkie uprawnienia do wykonania usługi w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, tj. posiada podpisaną Umowę Dystrybucyjną z Producentem Oprogramowania (tzw. „MDA”) wraz z Załącznikiem dającym prawo do dystrybucji oprogramowania i usług Producenta Oprogramowania do podmiotów sektora publicznego (PSAAD), obowiązującą zarówno na dzień złożenia oferty jak i na dzień składania niniejszych wyjaśnień.

Alterstor wskazał także, że Oracle nie twierdzi, że podwykonawca Comarch S.A. co do zasady nie może takich usług świadczyć. Ponadto warto zauważyć, że uprawnienie do świadczenia usług na rzecz ZUS wiąże się z koniecznością wykupienia odpowiedniego kontraktu w Oracle. Co istotne, trudno oczekiwać od wykonawcy (jego podwykonawcy), że takowy kontrakt wykupi przed udzieleniem mu zamówienia, tj. w sytuacji gdy nie ma pewności realizacji przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to, że nie może takiej usługi wykonać, albowiem po udzielenie mu zamówienia (jednocześnie z nim) może taki kontrakt w Oracle wykupić. Niewątpliwie status partnerski Comarch S.A. pozwala mu na wykupienie takiego kontraktu, co też podwykonawca ma zamiar uczynić w celu wspólnego wykonania przedmiotu zamówienia z wykonawcą. Nie powinno być zatem wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że zupełnie niezrozumiałe są dla nas wywody i sugestie Oracle o naruszeniu autorskich praw majątkowych i ingerencji w kod źródłowy tego oprogramowania, albowiem, ani Alterstor, ani jego podwykonawcy takowych działań nigdy

nie planowali i nie mają zamiaru tego czynić. Tak samo nieuprawnione są wywody Oracle o wykorzystywaniu oprogramowania i usług Oracle nabytych na własne potrzeby w celu świadczenia usług podmiotom trzecim, jak również udostępnianie ich podmiotom trzecim w celu obsługi działalności takich podmiotów. Także w tym przypadku ani Alterstor, ani jego podwykonawcy takowych działań nigdy nie planowali i nie mają zamiaru tego czynić.

W dniu 17 listopada 2020 r. Oracle Polska Sp. z o.o. skierował do Zamawiającego kolejne pismo w ww. zakresie.

Izba zważyła, co następuje:

Sprawa o sygn. akt: KIO 2971/20

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Transition ze względu na brak wyrażenia przez ww. wykonawcę zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 21 października 2020 r.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Stosownie do treści art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (art. 85 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 7 ust. 1 ustawy 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.

Odwołujący 1 stał na stanowisku, iż oświadczenia złożone przez wykonawcę Transition dotyczące wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą naruszały określone przez Zamawiającego warunki wyrażenia zgody w powyższym zakresie zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 21 października 2020 r. Zdaniem Odwołującego 1 pierwsze oświadczenie wykonawcy Transition z dnia 26 października 2020 r. nie odpowiadało

wskazanemu przez Zamawiającego okresowi (oświadczenie to dotyczyło przedłużenia terminu związania ofertą o 5 dni, tj. do dnia 31 października 2020 r., zamiast o 60 dni). Z kolei drugie oświadczenie z dnia 27 października 2020 r. zostało złożone dzień po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, tj. 27 października 2020 r. zamiast 26 października 2020 r.

Izba wskazuje, iż stan faktyczny sprawy nie był sporny między Stronami postępowania odwoławczego. Osłą sporu była natomiast ocena skuteczności złożonych przez Transition oświadczeń w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w kontekście warunków Zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 21 października 2020 r.

Izba w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie podzieliła stanowiska Odwołującego 1 jakoby wykonawca Transition nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, warunkującej odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Przede wszystkim wymaga podkreślenia, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do przerwania terminu związania ofertą wykonawcy Transition oraz ważności wadium. Wykonawca Transition w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 października 2020 r. złożył dwa oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą. Pierwszym oświadczeniem wykonawca Transition przedłużył termin związania ofertą o 5 dni, tj. do 31 października 2020 r., drugim zaś do 25 grudnia 2020 r., tj. o okres zgodny z wnioskiem Zamawiającego (60 dni). Jednocześnie wykonawca Transition składając pierwsze oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, przedłużył okres ważności wadium do dnia 29 grudnia 2020 r., zabezpieczając tym samym interes Zamawiającego wyrażający się w ochronie przed niesolidnym wykonawcą oraz zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym za nietrafioną należało uznać argumentację Odwołującego 1 zaprezentowaną na poparcie skutków braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego wskazującą, iż „inne są koszty utrzymania ważności wadium przez okres 5 dni, inne zaś w przypadku okresu 60 – dniowego”. W okolicznościach tej sprawy nie miała miejsca podnoszona przez Odwołującego 1 sytuacja, bowiem Transition zabezpieczył złożoną ofertę wniesionym wadium na okres dłuższy niż wymagany przez Zamawiającego składając stosowny aneks od gwarancji ubezpieczeniowej w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Nie może być zatem mowy o nierównym traktowaniu wykonawców w aspekcie finansowo – ekonomicznym determinowanym różnym okresem ważności wadium.

Następnie Izba stwierdza, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można pominąć, iż drugie oświadczenie woli wykonawcy Transition przedłużające termin związania

ofertą do dnia 25 grudnia 2020 r. zostało złożone Zamawiającemu w dniu 27 października 2020 r., a zatem w dacie, w której ww. wykonawca pozostawał związany złożoną ofertą do dnia 31 października 2020 r. wobec treści pierwszego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Dalej nie można nie zauważyć, iż drugie oświadczenie wykonawcy Transition zostało złożone Zamawiającemu 27 października 2020 r. o godz. 7.29 rano. Tym samym uchybienie, którego dostrzegali Odwołujący 1 w działaniu wykonawcy Transition sprowadzało się w istocie do kilku godzin różnicy pomiędzy wyznaczonym przez Zamawiającego pismem z dnia 21 października 2020 r. terminem na złożenie ww. oświadczenia (26 października 2020 r.), a jego faktycznym złożeniem przez wykonawcę Transition. W tym miejscu warto dodać, iż nie zostało przez Odwołującego 1 wykazane by wskutek ww. działań wykonawcy Transition doszło do zaburzenia sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego w sierpniu 2019 r., który Odwołujący 1 upatrywał w wyznaczonym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 21 października 2020 r. terminie, w którym wykonawcy zobowiązani byli podjąć określone czynności w postępowaniu.

Zdaniem składu orzekającego odrzucenie oferty wykonawcy Transition na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowiłoby przejaw nadmiernego formalizmu, godząc tym samym w wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę proporcjonalności. Podkreślić należy, iż wywodzona przez Odwołującego 1 z orzecnictwa Izby sankcja w postaci odrzucenia oferty wykonawcy na ww. podstawie prawnej wymaga analizy konkretnego przypadku ze szczególnym uwzględnieniem całokształtu okoliczności i kontekstu danej sprawy. Dostrzec należy, że poglądy orzecznicze w zakresie braku wymaganej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na warunkach podanych przez zamawiającego nie wynikają wprost z brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, w treści którego posłużono się jedynie zwrotem „wykonawca nie wyraził zgody”. Dlatego też Izba rozpoznając każdą sprawę zobowiązana jest mieć na względzie indywidualne okoliczności, jakie w danej sprawie zaistniały, z jednoczesnym uwzględnieniem celu regulacji prawnych.

W kontekście powyższego Izba wskazuje, że nietrafnie Odwołujący 1 zrównał w skutkach prawnych okoliczności faktyczne zaistniałe w rozpoznawanej przez Izbę sprawie o sygn. akt: KIO 151/17, w której to wykonawca przedłużył termin związania ofertą na okres krótszy niż wymagany przez zamawiającego z okolicznościami niniejszej sprawy, w której to wykonawca Transition przez cały czas pozostawał związany złożoną ofertą, przedłużył termin związania ofertą o okres wymagany przez Zamawiającego, a jego oferta była prawidłowo zabezpieczona wadium. Tym samym w okolicznościach przedmiotowego przypadku nie może być mowy o niewyrażeniu przez wykonawcę Transition zgody na przedłużenie terminu związania ofertą skutkującego koniecznością odrzucenia oferty na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Nie budzą jakichkolwiek wątpliwości złożone przez Transition, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, oba oświadczenia wyrażające zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem wadium. Izba stwierdza, że zarzucane przez Odwołującego 1 uchybienia wykonawcy Transition jako nieodpowiadające art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie miały żadnego wpływu na faktyczny przebieg niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, a ich waga miała charakter nieistotny.

Brak było zatem zdaniem Izby podstaw do uznania, że oferta wykonawcy Transition w świetle brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, jak i omówionych wyżej okoliczności faktycznych, podlegała odrzuceniu.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2976/20

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alterstor, pomimo iż jest ona niezgodna z wymaganiami SIWZ oraz, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na działaniu sprzecznym z prawem, tj. przepisami o ochronie praw autorskich oraz polegający na złożeniu oferty na dostarczenie produktów podmiotu trzeciego, bez realnego upewnienia się (choćby w postaci uzyskanej od takiego podmiotu oferty), że będzie to możliwe, co stanowi wyraz naruszającej dobre obyczaje i staranność kupiecką lekkomyślności, która narusza interesy Zamawiającego i konkurentów ubiegających się o to samo zamówienie, którzy takiej wymaganej staranności dopełnili. Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Alterstor, mimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego poprzez zapewnienie, że dostarczy Zamawiającemu poprawki lub nowsze wersje oprogramowania wytworzone przez producenta oprogramowania oraz zapewni dostęp do aktualnej bazy wiedzy o oprogramowaniu, pomimo braku oferty na zakup takich usług u producenta oprogramowania i braku możliwości zakupu go w inny sposób.

Izba odniesienie się do ww. zarzutów łącznie jako, że oparte zostały na wspólnych podstawach faktycznych.

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, 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. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada

treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Stosownie do treści pkt 3 ww. przepisu, odrzuceniu podlega także oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 uznk).

Na wstępie Izba wskazuje, iż nie ma wątpliwości, że specyfika niniejszego zamówienia publicznego dotyczącego posiadanego już przez Zamawiającego oprogramowania (Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt) wymagała od potencjalnych wykonawców zamówienia współpracy z producentem oprogramowania, czy też jego przedstawicielem. Powyższe potwierdzały choćby postanowienia specyfikacji, które wymagały od wykonawcy dostarczenia Zamawiającemu poprawek lub nowszych wersji oprogramowania wytworzonych przez producenta oprogramowania (punkt 3.1.21 załącznika nr do SIWZ wraz z modyfikacją SIWZ z dnia 6 sierpnia 2020 r.). Jednocześnie Zamawiający wymagał, by wykonawca przez cały okres obowiązywania umowy posiadał status partnera firmy Oracle Polska lub posiadał możliwość dostarczenia analizy błędów, modyfikacji i poprawek oprogramowania na potrzeby ZUS, w sposób nienaruszający praw autorskich podmiotów trzecich w tym producenta oprogramowania (§ 2 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ). Co istotne, w ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 6 sierpnia 2020 r. (pytanie nr 41) Zamawiający doprecyzował moment, w którym wykonawca będzie musiał posiadać partnerstwo Oracle lub możliwość dostarczenia analizy błędów, modyfikacji i poprawek oprogramowania wskazując, iż powyższe winno być dopełnione najpóźniej w dniu zawarcia umowy.

Lektura opisu przedmiotu zamówienia prowadzi zatem do wniosku, że na gruncie specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak było wymogu posiadania przez potencjalnego wykonawcę zamówienia już na etapie składania ofert - oferty producenta oprogramowania, czy też spełnienia innych wymogów wynikających z jego polityki dystrybucyjnej. Jak wynika z ww. zapisów SIWZ, dla Zamawiającego istotne było, aby najpóźniej w dniu zawarcia umowy wykonawca mógł dostarczyć analizę błędów, modyfikacji i poprawek oprogramowania w sposób nienaruszający praw autorskich podmiotów trzecich, w tym producenta oprogramowania. Poza rozważaniami Zamawiającego była kwestia sposobu nabycia przez wykonawcę prawa do dostarczenia przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, Zamawiający na etapie oceny ofert nie weryfikował źródła nabycia, czy kanału dystrybucji produktów i usług Oracle, poprzestając na ogólnych oświadczeniach składanych przez wykonawców w formularzu ofertowym dotyczących zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymogami wynikającymi ze specyfikacji. W powyższym zakresie Zamawiający otrzymał od wykonawcy Alterstor stosowne oświadczenia oraz wyjaśnienia dotyczące możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia przez Przystępującego.

W ocenie Izby inną kwestią jest natomiast to, czy przed złożeniem oferty na produkty i usługi producenta oprogramowania, przyszły wykonawca zgodnie z polityką handlową i warunkami dystrybucji Oracle obowiązany jest wystąpić do producenta oprogramowania, czy też jego przedstawiciela na danym terenie i uzyskać stosowną zgodę, ofertę, czy zawrzeć odpowiednią umowę dystrybucyjną. Dostrzec trzeba, iż kwestia ewentualnego naruszenia praw autorskich, czy też polityki handlowej i warunków dystrybucji Oracle mogłaby być przedmiotem odrębnego postępowania sądowego.

Zauważenia również wymaga, iż Odwołujący 2 nie podał jednoznacznie, z którym postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta Alterstor jest niezgodna z wymogami Zamawiającego ograniczając się do przywołania ww. postanowień SIWZ (lecz z pominięciem wyjaśnień nr 41 z dnia 6 sierpnia 2020 r.) oraz stwierdzenia, że „zaoferowane usługi nie spełniają wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w OPZ”. Tymczasem dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezbędne jest ustalenie i wskazanie, z którymi konkretnie fragmentami czy normami SIWZ oferta wykonawcy jest sprzeczna.

Kolejno wskazać należy, iż nie było sporu między Stronami postępowania odwoławczego, iż podwykonawca Alterstor, tj. Comarch S.A. będzie odpowiedzialny za świadczenie usług wsparcia i opieki serwisowej oprogramowania Oracle, posiada odpowiednią umowę dystrybucyjną z Oracle wraz z załącznikiem PSADD uprawniającą do bezpośredniego zaoferowania Zamawiającemu produktów i usług objętych postępowaniem. Ustalono także, że Comarch S.A. przed upływem terminu składania ofert wystąpił do Oracle Polska Sp. z o.o. o stosowną ofertę i ją otrzymał, której jak przyznał podczas rozprawy Przystępujący, Comarch S.A. nie zdążył przedłużyć w toku postępowania. Oś sporu skoncentrowała się na zagadnieniu, czy Comarch S.A. będąc podwykonawcą Alterstor mógł w sposób nienaruszający polityki dystrybucyjnej Oracle oraz praw autorskich producenta oprogramowania, dostarczyć Zamawiającemu produkty i usługi objęte przedmiotem zamówienia.

Izba wskazuje, iż całokształt okoliczności niniejszej sprawy, w tym przedłożone przez Odwołującego 2 dowody nie były wystarczające dla uznania, iż Przystępujący Alterstor złożył ofertę niezgodną z treścią specyfikacji lub stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, czy też przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu.

Jakkolwiek Izba wzięła pod uwagę złożone przez Odwołującego 2 dowody w postaci oświadczeń Oracle Polska Sp. z o.o., pisma tego podmiotu kierowane do Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz przedłożoną ofertę handlową, to uznała, iż nie mogą one stanowić wystarczającego dowodu potwierdzającego zasadność stanowiska Odwołującego 2. Inaczej rzecz ujmując, przy tego typu sporach dotyczących produktów

i usług konkretnego producenta oświadczenia własne wyłącznego przedstawiciela producenta na terenie Polski, zainteresowanego wynikiem danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i pośrednio biorącego w nim udział w charakterze podwykonawcy, nie dają pełnego i obiektywnego obrazu pozwalającego na przyznanie racji odwołującemu się Wykonawcy.

I tak w ocenie Izby podkreślić należy, że ocena polityki dystrybucyjnej Oracle Polska Sp. z o.o. winna być dokonana w szerszym zakresie aniżeli przedstawiona w toku postępowania odwoławczego. Zdaniem Izby Odwołujący 2 nie wykazał, że Przystępujący nie mógł w sposób zgodny z prawem uzyskać ofertę/zgodę, czy też inne szczególne warunki od innego dystrybutora produktów i usług producenta oprogramowania prowadzącego działalność na terenie innego niż Polska kraju UE i zobowiązać się do ich sprzedaży Zamawiającemu. Stanowiska Odwołującego 2 nie potwierdza jednoznacznie przedłożone oświadczenie Oracle Polska Sp. z o.o. z dnia 30 listopada 2020 r., ponieważ nie odnosi się ono w pełni do polityki dystrybucyjnej producenta oprogramowania prowadzonej na terenie innych krajów europejskich. Okoliczność, iż Odwołujący 2 jest wyłącznym dystrybutorem uprawnionym do sprzedaży produktów i usług Oracle na terenie Polski, co nie było podważane przez przeciwników procesowych Odwołującego, nie przesądza, że tych produktów i usług nie można nabyć w innym kraju europejskim i dostarczyć na rynek polski, a bynajmniej okoliczność ta nie została w sposób pewny przez Odwołującego 2 wykazana. Co więcej, analiza ww. oświadczenia, w szczególności punktu 9. wskazuje, że za zgodą Oracle Polska Sp. z o.o. dopuszczalne byłoby przekazanie oferty Partnerowi Oracle, który skorzystałby z zagranicznego kanału dystrybucji i zwróciłby się do takiego podmiotu.

W kontekście stanowiska Oracle Polska zawartego w ww. punkcie zauważyć należy, iż Odwołujący 2 nie odniósł się do zagadnienia sprzedaży aktywnej i pasywnej w przypadku umów o dystrybucji wyłącznej, na które zwracał uwagę Przystępujący podczas rozprawy. Wskazać należy, iż umowa dystrybucji wyłącznej jest dopuszczalna, o ile dotyczy sprzedaży aktywnej, a nie pasywnej. Zgodnie natomiast z definicją zawartą w „Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych” przyjętych przez Komisję Europejską (Dz. Urz. UE 2010/C 130/1), sprzedaż „aktywna” oznacza nawiązywanie kontaktów z poszczególnymi klientami poprzez – na przykład – bezpośrednio listy, w tym wysyłanie niezamawianych wiadomości pocztą elektroniczną, lub wizyty lub aktywne kontakty z konkretną grupą klientów lub klientami na konkretnym terytorium za pośrednictwem reklam w mediach, w Internecie lub innych promocji specjalnie ukierunkowanych na tę grupę klientów lub na klientów na tym terenie. (...) Z kolei sprzedaż „bierna” oznacza odpowiadanie na niezamówione wnioski ze strony klientów indywidualnych, w tym dostawę towarów lub usług takim klientom. Ogólne reklamy lub promocja, które docierają do klientów na (wyłącznych) terytoriach lub należących do grup przydzielonych innym dystrybutorom, lecz będące odpowiednim sposobem docierania do

klientów poza tymi terytoriami lub grupami, np. do klientów na własnym terytorium, stanowią sprzedaż bierną. Reklamy i promocje ogólne uważa się za odpowiedni sposób dotarcia do takich klientów, jeśli dla nabywcy poczynienie takich inwestycji byłoby atrakcyjne, również jeśli nie dotarłyby one do klientów w ramach terytoriów lub grup klientów należących (wyłącznie) do innych dystrybutorów. Ponadto jak wskazuje się w piśmiennictwie, przy sprzedaży pasywnej, dystrybutor musi zachować możliwość odpowiadania na zamówienia spoza jego obszaru złożone przez klientów, do których nie kierował ofert, reklam itp. Na możliwość skorzystania z kanału pasywnego przy nabyciu produktów i usług producenta oprogramowania powoływał się z kolei Przystępujący podczas rozprawy.

Co więcej Izba wskazuje, że nieznanym jest dokładny zakres dystrybucji wyłącznej przedstawiciela producenta oprogramowania na terenie Polski. Nieznane są też szczegółowe warunki polityki dystrybucyjnej usług i produktów producenta oprogramowania, w tym w szczególności, czy producent stosuje analogiczną politykę w odniesieniu do wszystkich swoich dystrybutorów. Izba nie ma również wiedzy co do kształtu umowy łączącej Comarch S.A. z wyłącznym przedstawicielem producenta oprogramowania na terenie Polski. Nie zostało też w pełni wyjaśnione, dlaczego Comarch S.A., w przypadku uzyskania niniejszego zamówienia przez Alterstor (będąc podwykonawcą Alterstor) jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia, nie uzyskałby od Oracle Polska oferty na poprawki lub nowsze wersje oprogramowania czy też szczególnej zgody/warunków uprawniających do odsprzedaży praw do korzystania z produktów Oracle podmiotom trzecim, skoro bezsporne było to, że Comarch S.A. dysponuje odpowiednią umową dystrybucyjną wraz z załącznikiem PSADD, zatem jest Partnerem producenta oprogramowania i już raz, przed upływem terminu składania ofert, uzyskał ofertę od Oracle Polska Sp. z o.o.

Wziąwszy pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy, w tym zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała za niewykazane stanowisko Odwołującego 2, który twierdził, że oferta wykonawcy Alterstor podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk z uwagi na brak możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i bez realnego upewnienia się, że będzie to możliwe. W konsekwencji powyższego nie potwierdził się zarzut wtórny dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Alterstor na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp polegający na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd dotyczący braku możliwości realizacji zamówienia zgodnie ze specyfikacją

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 9b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alterstor jako

niezgodnej z ustawą, bowiem przewidującej realizację zamówienia w całości przy udziale podwykonawców.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest świadczenie opieki serwisowej oraz wsparcia oprogramowania Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt. Bezspornie wykonawca Alterstor w pkt. 2.2 formularza oferty oświadczył, że zamierza powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, tj. Engave S.A. w zakresie przyjmowania zgłoszeń w systemie teleinformatycznym i obsługi finansowej oraz Comarch S.A. w zakresie usług serwisowych i wsparcia oprogramowania Oracle Tuxedo i Oracle Salt.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Z kolei stosownie do treści art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę: 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi; 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy (art. 36a ust. 2 ustawy Pzp). Jednocześnie art. 2 pkt 9b ustawy Pzp stanowi, że przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

W ocenie Izby analiza ww. przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Powyższą wykładnię potwierdza literalne brzmienie art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, w którym dopuszczona została możliwość powierzenia jedynie części zamówienia podwykonawcy. Powyższej interpretacji nie przeczą dalsze przepisy ustawy Pzp, w tym ust. 2 art. 36a ustawy. W ocenie Izby przepis ten uprawnia jedynie zamawiającego do określenia takich części zamówienia, które muszą zostać wykonane przez wykonawcę z uwagi na ich kluczowy charakter lub rodzaj prac w ramach zamówienia na dostawy. Nie oznacza to jednak, że brak takiego zastrzeżenia w postanowieniach specyfikacji, skutkuje dopuszczalnością powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w uchwale KIO z dnia 4 listopada 2016 r., KIO/KU 67/16, w której wskazano, że: „Jednakże uprawnienie to nie zmienia treści ust. 1 art. 36a ustawy Pzp, bowiem ani zamawiający ani wykonawca nie mogą zdecydować, iż w danym zamówieniu możliwe będzie podzlecenie całości zadania do wykonania. Zatem, zamawiający w ramach uprawnienia wynikającego z ust. 2 art. 36a ustawy Pzp może jedynie dokonać wyboru konkretnych elementów (części zamówienia), co do których nie będzie działał art. 36a ust.1 ustawy Pzp. Jeśli więc zamawiający nie określił zakazu rodzajowego dla części robót, co do których obowiązuje zakaz podzlecenia, to

oznacza to, że jedynie powtórzył zasadę zakazu podzlecenia całości zamówienia określoną w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp.” Należy również wskazać, iż zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a nie podwykonawcy. Powyższe jest o tyle istotne, iż działania podejmowane przez wykonawcę, który zleca część prac do wykonania podwykonawcy nie mogą być postrzegane jako obejście przepisów ustawy Pzp polegające w istocie na udzieleniu zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy (por. wyrok KIO z dnia 27 lutego 2020 r. sygn. akt: KIO 299/20).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba zauważa, że wykonawca Alterstor tak w piśmie procesowym z dnia 1 grudnia 2020 r., jak i podczas rozprawy, nie twierdził, że prawnie dopuszczalne jest powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcom. Przystępujący kwestionował jakoby całość prac związanych z realizacją przedmiotu zamówienia zamierzał zlecić podwykonawcom. Wskazywał na błędną wykładnię Odwołującego 2 dotyczącą oświadczenia zawartego w pkt. 2.2 formularza oferty Alterstor, akcentując przy tym, że zlecenie usług serwisowych i wsparcia oprogramowania Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt do wykonania podwykonawcy Comarch S.A. jest uzasadnione posłużeniem się przez Przystępującego zdolnościami ww. podmiotu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co z kolei wynika z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy wykonawca Alterstor nie odparł skutecznie twierdzeń Odwołującego 2 w przedmiocie powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Izba wskazuje, iż podnoszone przez wykonawcę Alterstor czynności jak: zarządzanie realizacją umowy, organizacja i koordynacja prac podwykonawców, dbanie o prawidłową realizację prac, rozliczanie godzin usług dodatkowych, udział w czynnościach odbiorowych z Zamawiającym, organizacja spotkań projektowych, wystawianie faktur, przyjmowanie faktur od podwykonawców, dbanie o przepływy finansowe, obsługa prawna projektu, obsługa administracyjna, dochodzenie ewentualnych roszczeń nie mają bezpośredniego przełożenia na wykonywanie przedmiotu niniejszego zamówienia obejmującego świadczenie usług serwisowych i wsparcia oprogramowania Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt. Powyższe czynności mają charakter poboczny względem zasadniczego przedmiotu zamówienia, a ich wykonanie przez Alterstor nie spowoduje, że Wykonawca nabędzie określone doświadczenie umożliwiające mu w przyszłości udział w kolejnych zamówieniach zbliżonych rodzajowo do niniejszego. Co więcej, wskazać należy, iż sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołał się na wyrok Izby z dnia 18 maja 2018 r. sygn. akt: KIO 862/18, w którym wskazano, że: »jeżeli wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego tylko koordynuje realizację zamówienia publicznego, to należałoby uznać, że przekroczył dopuszczalną w świetle ustawy Pzp możliwość

powierzenia podwykonawcom zlecenia „części” zamówienia”.« W ocenie składu orzekającego ww. czynnościom wskazanym przez Przystępującego Alterstor nie można przypisać innego charakteru jak właśnie organizacyjno – koordynacyjnego.

Dalej Izba wskazuje, że za niewiarygodne uznała stanowisko wykonawcy Alterstor, który w piśmie procesowym podniósł, że przewiduje współudział w merytorycznych czynnościach usług serwisowych i wsparcia oprogramowania, z zastrzeżeniem, że główny ciężar tychże usług spoczywać będzie na podmiocie udostępniającym zasób. Nie umknęło uwadze Izby, że wykonawca Alterstor nie rozwinął szerzej zaprezentowanego stanowiska. Przede wszystkim wykonawca Alterstor nie wskazał modelu współpracy z podwykonawcą Comarch S.A. w zakresie usług serwisowych i wsparcia oprogramowania Oracle i nie podał jakie konkretnie czynności merytoryczne miał na względzie. Przystępujący nie odwołał się również do postanowień specyfikacji referujących do opisu przedmiotu zamówienia w celu uwiarygodnienia podnoszonej argumentacji. Powyższe stanowisko Alterstor nie znajduje również potwierdzenia w treści oferty.

Kolejno wskazać należy, iż jakkolwiek w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła specyfikę zamówienia publicznego, którego realizacja będzie wymagała zaangażowania dystrybutora oprogramowania lub jego uprawnionego partnera, to nie można jednak pominąć treści złożonego przez Alterstor oświadczenia w zakresie powierzenia części prac związanych z realizacją zamówienia nie tylko podwykonawcy Comarch S.A., ale i podwykonawcy Engave S.A. Inaczej rzecz biorąc, treść oferty wykonawcy Alterstor wskazywała na to, iż oprócz opieki serwisowej oraz usług wsparcia, które zgodnie z oświadczeniem woli Alterstor miały zostać zlecone podwykonawcy Comarch S.A. (abstrahując od tego, czy podmiot ten był uprawniony do ich świadczenia na rzecz ZUS), była taka część przedmiotu zamówienia, która mogła zostać wykonana przez podmiot inny niż Oracle, czy jego partnera. Część ta obejmująca przyjmowanie zgłoszeń w systemie teleinformatycznym oraz obsługę finansową została jednak powierzona do wykonania drugiemu podwykonawcy. W tym miejscu podkreślić trzeba, iż Przystępujący całkowicie pominął i nie odniósł się kwestii zaangażowania Engave S.A. w realizację części prac objętych przedmiotem zamówienia.

Konkludując powyższe, w okolicznościach zawisłego przed Izbą sporu, zarówno treść oferty wykonawcy Alterstor, jak i argumentacja zaprezentowana podczas rozprawy przez Przystępującego, potwierdziły, że całość prac objętych niniejszym zamówieniem zostanie powierzona do realizacji podwykonawcom, co należy postrzegać jako obejście przepisów ustawy Pzp dopuszczających możliwość zlecenia podwykonawcom części zamówienia oraz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Złożenie zatem przez Alterstor oferty niezgodnej przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wymagało jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W tym miejscu Izba wskazuje, że nie stwierdziła natomiast naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alterstor jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, bowiem zmierzającej do ominięcia przepisów dotyczących odpowiedzialności wykonawcy za realizację zamówienia, czyli uniknięcia odpowiedzialności względem Zamawiającego przez podmioty faktycznie realizujące zamówienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Stosownie natomiast do treści art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Za niewykazane i oparte na przypuszczeniach Izba uznała stanowisko Odwołującego 2, jakoby u podstaw przewidzianego przez Alterstor w ofercie modelu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego leżała chęć uniknięcia odpowiedzialności za ewentualne niepowodzenia podmiotów, które faktycznie będą realizować zamówienie. Zauważyć należy, iż zarzut Odwołującego 2 zbudowany został na narracji dotyczącej „trudności jakie napotkał Comarch S.A. przy realizacji umowy z ZUS, której przedmiotem było utrzymanie KSI”, skutkiem czego było odstąpienie przez ZUS od umowy z ww. podmiotem. Z owych trudności podmiotu Comarch S.A. Odwołujący 2 wywiódł, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego utworzenie spółki Alterstor Sp. z o.o. podyktowane było chęcią ochrony Comarch S.A. przed odpowiedzialnością za ewentualne niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. W ocenie Izby takie stanowisko Odwołującego 2 było zbyt daleko idące. Co do zasady, nie ma prawnych przeszkód, aby nowo utworzone podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne korzystały z doświadczenia podwykonawców, czy też powoływały się na zasoby podmiotów trzecich, które następnie będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, po to aby zdobywać własne doświadczenie w danym sektorze rynku i samodzielnie konkurować w kolejnych przetargach. Słusznie podnosił Zamawiający, iż przepisy ustawy Pzp nie określają wymogów formalnych dla wykonawców składających oferty dotyczących czasu powstania spółki, jej bytności na rynku, czy też liczby posiadanych pracowników i wysokości kapitału zakładowego. Nie można też *a priori* założyć, że zamiarem nowo utworzonego wykonawcy, który powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, który z kolei w przeszłości napotkał przeszkody w realizacji danego zamówienia publicznego, jest stworzenie swego rodzaju „tarczy” chroniącej podwykonawców

przed odpowiedzialnością wobec zamawiającego. W okolicznościach tej sprawy nie można pominąć także specyfiki przedmiotu zamówienia, który w dużej mierze wymagał zaangażowania przedstawicieli producenta oprogramowania, czy też ich partnerów biznesowych spełniających szereg wymogów polityki handlowej.

Wziąwszy pod rozwagę całokształt ww. okoliczności zdaniem Izby przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Na uwzględnienie zasługiwał zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 i art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne zaniechanie udostępnienia Odwołującemu 2 dokumentów złożonych w postępowaniu przez Alterstor jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo że dokumenty uzupełnione przez Alterstor w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie zostały zastrzeżone prawidłowo jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje, iż art. 8 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić należy, iż *ratio legis* ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, z drugiej zaś nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z przywołanego przepisu, to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy

przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z ww. przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Izba wskazuje, iż bezsporna między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, że wykonawca Alterstor w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 września 2020 r. złożył m.in. wykaz usług (załącznik nr 10 do SIWZ) wraz z referencjami oraz wykaz osób (załącznik nr 11 do SIWZ), które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa podwykonawcy, tj. Comarch S.A. Nie było również sporu, że wykonawca Alterstor nie objął ww. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa oraz nie przedstawił stosownego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie pismem z dnia 21 października 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Alterstor o odtajnieniu ww. dokumentów w części.

Izba stwierdziła, że rozpoznawany zarzut zasługiwał na uwzględnienie już tylko z tego względu, że brak było uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu osób, wykazu usług oraz referencji dokonanego przez wykonawcę Alterstor. Rację

miał Odwołujący 2, który podnosił, iż fakt przedłożenia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez podwykonawcę, a nie przez wykonawcę, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosownie do treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie może stanowić o skuteczności takiego zastrzeżenia. Jak już wskazano powyżej, przepisy ustawy Pzp wprost nakładają na wykonawcę, ciężar wykazania przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec powyższego nie zasługiwała na aprobatę argumentacja Przystępującego, jakoby bez znaczenia pozostawało, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa podchodzi od samego wykonawcy, czy też podmiotu trzeciego, używającego swoich zasobów zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że nie jest rolą Zamawiającego zastępowanie wykonawcy w czynnościach, do których mocą ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany jest wykonawca. Zamawiający, wbrew dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wywiódł, że skoro Przystępujący załączył do złożonych dokumentów, tj. wykazu usług wraz z referencją oraz wykazu osób uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Comarch S.A., to również Wykonawca objął ww. dokumenty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Rację miał też Odwołujący 2, który argumentował iż to, że podwykonawca Comarch S.A. podejmuje stosowne środki celem zachowania określonych informacji w poufności nie oznacza automatycznie, że środki takie podejmuje wykonawca Alterstor. Powyższe zresztą nabiera szczególnego znaczenia wobec faktu, iż spółka Alterstor Sp. z o.o. została zarejestrowana 11 sierpnia 2020 r., a zatem nieco ponad 2 tygodnie przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, co oznacza, iż w stosunkowo krótkim okresie musiałyby wdrożyć odpowiednie procedury i polityki bezpieczeństwa informacji. W tym miejscu warto również zauważyć, że Przystępujący Alterstor w toku rozprawy przed Izba, jak również w piśmie procesowym z dnia 1 grudnia 2020 r. nie twierdził, iż stosowne środki bezpieczeństwa mające gwarantować poufność informacji zostały podjęte w jego przedsiębiorstwie.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż analiza zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu usług wraz z referencją oraz wykazu osób prowadzi do wniosku, że podwykonawca Comarch S.A. nie wykazał wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Przede wszystkim podkreślić należy, iż podwykonawca Comarch S.A. nie wykazał, jakie działania podjął celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Izba wskazuje, że uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie ww. przesłanki nie sposób zweryfikować wobec braku jakichkolwiek dowodów. Nie można zatem stwierdzić, czy wskazane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podejmowane przez podwykonawcę środki rzeczywiście istnieją, jakie są ich treści, czy skutkują zachowaniem zastrzeżonych konkretnych danych w poufności.

Następnie Izba wskazuje, że w odniesieniu do zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa ww. dokumentów nie wykazano również przesłanki dotyczącej „wartości

gospodarczej” zastrzeżonych danych. Podkreślić należy, że za informacje posiadające wartość gospodarczą uznaje się takie informacje, które mogą być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Zgodnie z zasadą jawności postępowania, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające.

I tak, odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu osób podwykonawca Comarch S.A. wskazał, że wartościowym zasobem posiadającym wartość gospodarczą są poszczególni pracownicy/współpracownicy, do których dostęp można uzyskać posiadając wiedzę o ich imieniu i nazwisku. Jednocześnie podwykonawca Comarch S.A. objął tajemnicą przedsiębiorstwa pozostałe informacje zawarte w wykazie osób dotyczące jego personelu, które w jakikolwiek sposób umożliwiałyby ich identyfikację. W kontekście powyższego stwierdzić należy, iż identyfikacja ww. osób w okolicznościach tej sprawy nie była potrzebna, bowiem to w wyniku zaniedbania wykonawcy Alterstor imiona i nazwiska osób skierowanych do realizacji zamówienia przez Comarch S.A. zostały ujawnione przez Zamawiającego. W konsekwencji powyższego odpadła także argumentacja dotycząca możliwych prób pozyskania specjalistów Comarch S.A. przez jego konkurentów w przypadku ujawnienia danych osobowych personelu. Co więcej, dostrzec należy, iż podwykonawca Comarch S.A. w zakresie informacji dotyczących doświadczenia i kwalifikacji potencjału kadrowego nie podał żadnych argumentów merytorycznych uzasadniających objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, w szczególności nie twierdził, iż wskazane w wykazie osoby mają szczególnie ważne, czy niespotykane na rynku kwalifikacje wymagające wyjątkowej ochrony. Jak już wskazano powyżej, utajnienie całego wykazu osób podyktowane było chęcią ochrony imienia i nazwiska osób oraz związanego z tym braku możliwości ustalenia tożsamości osób w normalnym toku czynności.

Z kolei jeśli chodzi o wykaz usług oraz referencje Izba wskazuje, iż analiza uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Comarch S.A. prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż celem podwykonawcy było utajnienie samego faktu współpracy i jej zakresu z wykonawcą Alterstor. Powyższa okoliczność jest jednak informacją jawną w związku z dokonaniem przez Zamawiającego odtajnieniem stosownych dokumentów i oświadczeń wskutek zaniedbań wykonawcy Alterstor. Co więcej, w zakresie

ww. dokumentów podwykonawca Comarch S.A. w ogóle nie odniósł się do wartości gospodarczej zastrzeżonych danych.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego 2 przepisy art. 8 ust. 1 – 3 i art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie czynności odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu 2 wykazu usług wraz z referencją oraz wykazu osób w pełnym brzmieniu (zgodnie z żądaniem Odwołującego 2), co do których nie wykazano, aby stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy Alterstor.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

W sprawie o sygn. akt: KIO 2971/20 o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Z kolei w sprawie o sygn. akt: KIO 2976/20 o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 2 pkt 2) 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).

Przewodniczący: