

**WYROK**

**z dnia 9 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2011 r. przez wykonawcę **MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Projektów Informatycznych MSWiA, 02-781 Warszawa, ul. Pileckiego 63**

przy udziale wykonawcy **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odtajnienie wyjaśnień złożonych przez Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116 w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** na rzecz **MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „modernizacja Centrum Certyfikacji Kluczy na potrzeby Projektu „pl.ID - polska ID karta” oraz Projektu „SIPR”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2011 r. pod numerem 2011/S 104-170748.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (dalej ENIGMA), zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust.1, art. 87 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (j.t. Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz.759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez ENIGMA.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w opublikowanej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) wskazał (pkt.6.6.), że dokona oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o oświadczenia i dokumenty określone w Rozdziale 7 SIWZ. W pkt. 7.8 SIWZ zawarł wymaganie, aby warunki określone w pkt. 6.1-6.3 SIWZ były spełnione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zaś dokumenty wymienione w pkt. 7.1.,7.2.,7.3. SIWZ mogły być złożone przez wykonawców łącznie, natomiast oświadczenie określone w pkt. 7.4., winno być złożone przez ustanowionego przez tych wykonawców pełnomocnika.

W uzasadnieniu swojego Stanowska Odwołujący podniósł, iż jak wynika z treści oferty złożonej przez ENIGMA, składając tę ofertę Spółka ta działała jako Lider konsorcjum, o czym świadczy treść ww. oferty podana pod wpisem: dane dotyczące Wykonawcy, tj.: „ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. - Lider konsorcjum”. Jednakże z dokumentów załączonych do ww. oferty wynika, że brak jest spełnienia przez ww. Spółkę wymagań z pkt. 7.8. SIWZ, w zakresie złożenia niezbędnych dokumentów i oświadczeń, a przede wszystkim pełnomocnictwa dla tej Spółki wspólnie ubiegającej się o wykonanie przedmiotowego zamówienia z podmiotem o nieujawnionej nazwie i danych. Zdaniem Odwołującego, nie można przyjąć, iż jest to „oczywista pomyłka pisarska”, albowiem Zamawiający zaniechał żądania od ENIGMA wyjaśnień w tym zakresie, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ani też nie dokonał jej poprawki, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zawiadamiając o tym tego wykonawcę. W związku z tym zasadny w pełni jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy Pzp, gdyż oferta ENIGMA jest niezgodna z SIWZ.

Dalej Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt. 6.1. SIWZ Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy potwierdzą swoje kompetencje w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, tj. wykonawca musi wykazać się niezbędną wiedzą i doświadczeniem, tj. należywym wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenie działalności jest krótszy - w tym okresie: 6.1.1. przynajmniej jednej usługi wdrożenia lub rozbudowy Centrum Certyfikacji Kluczy o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł netto, której przedmiotem było minimum przygotowanie dokumentu polityki certyfikacji i uruchomienie urzędu certyfikacji w oparciu o urządzenia HSM, 6.1.2. przynajmniej jednej usługi wdrożenia lub rozbudowy Centrum Certyfikacji Kluczy o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł netto\*, której przedmiotem było minimum uruchomienie usługi Simple Certificate Enrollment Protocol (SCEP), 6.1.3. przynajmniej jednej usługi wdrożenia lub rozbudowy Centrum Certyfikacji Kluczy przy czym usługa musiała być świadczona w trybie ciągłym (24 godziny/7 dni w tygodniu) przez okres minimum 6 miesięcy (...)

W celu wykazania spełniania ww. warunków ENIGMA przedłożyła:

- a) List Referencyjny wystawiony w Warszawie w dniu 23.09.2009 r. przez Agencję Rezerw Materiałowych, z którego wynika, że Spółka ta „ (...) wdrożyła w grudniu 2009 r. system teleinformatyczny (...). Z porównania daty wystawienia ww. referencji i daty określonej w tej referencji wynika wprost, że ww. List referencyjny powstał i opisuje okoliczność o trzy miesiące późniejszą, gdyż wskazuje na wykonanie wdrożenia w grudniu, zaś referencja jest z września 2009 r. Powyższe wskazuje wprost na tzw. fałszerstwo intelektualne, przy wystawianiu ww. Listu, a zatem nie może on stanowić podstawy do wykazania spełniania przez ENIGMA warunków przetargu zawartych w pkt.6.1. SIWZ.
- b) List Referencyjny wystawiony w dn. 16.09.2010 r. przez Safe Technologies S.A., z którego treści wynika, że ENIGMA zaprojektowała i zbudowała w latach 2006 - 2010 dla wystawcy tegoż Listu, system teleinformatyczny i telekomunikacyjny. Jednocześnie w załączonym do oferty Wykazie wykonanych usług, ww. Spółka wskazała w poz. 4 tabeli, że prace dla Safe Technologies S.A., były wykonywane nie dłużej niż do końca marca 2008 r. Powyższa rozbieżność nie została wyjaśniona przez Zamawiającego, na podstawie art.87 ust.1 ustawy Pzp, a nie mogła i nie może być potraktowana jako oczywista pomyłka w rozumieniu tego przepisu i samodzielnie poprawiona przez Zamawiającego.

Zamawiający w ramach realizacji zamówienia przewidywał dostawę oprogramowania standardowego tylko i jedynie w etapie I (por. m.in. § 2 ust. 1 pkt 1) Istotnych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 8 do SIWZ. Jest zatem oczywiste, że w kolejnych etapach nie przewidywał dostaw ww. oprogramowania, a zatem za sprzeczne z SIWZ należy uznać wskazanie przez ENIGMA, w formularzu cenowym w poz. 4 (str. 3 oferty) oczekiwania zapłaty przez Zamawiającego w etapie II kwoty 24.600,00 zł brutto za udzielenie licencji do

przekazanego w etapie II oprogramowania standardowego wraz z jego modyfikacjami. W związku z powyższym należy stwierdzić, że w ww. zakresie oferta ENIGMA jest niezgodna z SIWZ.

W trakcie postępowania przetargowego Zamawiający żądał od ENIGMA złożenia, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, dotyczących elementów oferty ww. Spółki, mających wpływ na wysokość ceny. Spółka ta złożyła takie wyjaśnienia, lecz dokonała ich utajnienia przed innymi wykonawcami, na podstawie art.8 ust. 3 ustawy Pzp. Zaś Zamawiający nie odtajnił ww. wyjaśnień, ani też nie żądał - na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - wyjaśnień podstaw takiego utajnienia złożonych wyjaśnień w zakresie oferowanej ceny.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z art. 8 ust. 3. ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, jest poza sporem, że zasady przetargu i jego prowadzenie przez Zamawiającego należy oceniać w całości, tj. ocena winna dotyczyć wszystkich ustawowych elementów wybranego przez Zamawiającego trybu postępowania, ale również ewentualnych odstępstw lub zmian w regułach postępowania wpływających lub mogących wpłynąć na zasady regulujące procedury zamówień publicznych, określone w ustawie. W szczególności - w związku z ww. utajnieniem dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny oferty ENIGMA i w związku z odmową ich odtajnienia przez Zamawiającego - powstała sytuacja, w której ww. wyjaśnienie zostało przez ENIGMA, ale przede wszystkim przez Zamawiającego, wyłączone z możliwości ich oceny i kontroli przez pozostałych wykonawców. Powyższe, stawia w sposób nieuzasadniony przepisami ustawy, w uprzywilejowanej pozycji ofertę ENIGMA, a co za tym idzie, stanowi to o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którą: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wystąpienie zaś tej okoliczności stanowi podstawę (obligatoryjną dla Zamawiającego) odrzucenia oferty.

W świetle ww. okoliczności związanych z wyjaśnieniami ENIGMA, za niezgodną z ustawą należy uznać również tę ofertę, jako że uchybia ona zasadzie jawności. Należy podnieść, iż w świetle uchwały SN z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05, Biul. SN 2005, nr 10, poz. 7, o tym, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, decyduje bowiem nie subiektywny stan wiedzy i świadomości wykonawcy, ale obiektywne okoliczności. Zamawiający, zdaniem Sądu, jest więc obowiązany do ustalenia, czy

zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w razie negatywnej weryfikacji - ujawnić te informacje i poddać ofertę ocenie, nie odrzucając jej jako niezgodnej z ustawą. W konsekwencji najwłaściwszym postępowaniem zamawiającego będzie skorzystanie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wyjaśnienie tych elementów oferty, które wykonawca uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa, w sposób niebudzący wątpliwości co do ich rzeczywistego charakteru. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca wprowadził jako zasadę jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która to jawność może być ograniczona przez Zamawiającego jedynie w przypadkach wyraźnie przewidzianych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Należy przy tym wskazać, że jawność postępowania jest jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Przejawia się ona w wielu innych przepisach ustawy Pzp i ma na celu umożliwienie wykonawcom pełnej informacji o fakcie wszczęcia postępowania oraz o jego dokumentacji, w tym także o wyjaśnieniach i odpowiedziach udzielonych w postępowaniu. Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jak wskazuje art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera się w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.; dalej „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”) - zgodnie z ww. regulacją przez „tajemnicę przedsiębiorstwa” należy rozumieć nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Mając na uwadze powyższe, uznać należy, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie, gdy łącznie zaistnieją trzy przesłanki, tj.: informacja taka ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00). Należy podkreślić, iż aby można było uznać, że dana informacja stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa, musi zaistnieć oceniana przez Zamawiającego łączność wyżej wskazanych przesłanek. Zatem, niedopuszczalnym jest uznanie (a priori), że zastrzeżone dokumenty nie zostały (nigdy) ujawnione do wiadomości publicznej oraz, że podjęto w stosunku do nich (wszelkie) niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zamawiający powinien samodzielnie dokonać oceny zastrzeżenia i

na podstawie rzetelnej oceny przedstawionej przez ENIGMA faktów, podjąć decyzję o odtajnieniu wyjaśnień złożonych przez ww. Spółkę. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05: „to na Zamawiającym spoczywa obowiązek przeprowadzenia badania zasadności dokonanego przez wykonawcę (...) zastrzeżenia informacji z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa”. Zamawiający nie może - jak w niniejszym przetargu - poprzestać na wyjaśnieniach ENIGMA, winien bowiem w oparciu o analizę zastrzeżonych wyjaśnień, samodzielnie podjąć decyzję o ich odtajnieniu lub też odmowie odtajnienia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niesłusznie nie odtajnił zastrzeżonych przez ENIGMA informacji, gdyż z pewnością wyjaśnienia cenowe - nie spełniają łącznie warunków, których kumulacja pozwala na ich zakwalifikowanie jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W ofercie Przystępującego, w zakresie danych dotyczących wykonawcy określono wykonawcę w następujący sposób: „ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. – Lider konsorcjum”. Zaś, wszystkie dokumenty dołączone do oferty dotyczą lub zostały sporządzone przez Przystępującego, za wyjątkiem referencji i dokumentów, które odnoszą się do udostępnienia zasobów, obejmujących wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych.

W celu wykazania należytego wykonania referencyjnych usług, Przystępujący przedłożył wraz z ofertą m.in. List referencyjny z dnia 23 września 2009 r. ,wystawiony przez Agencję Rezerw Materiałowych oraz List referencyjny z dnia 16 września 2010 r., wydany przez Safe Technologies S.A. Z pierwszego, ze wskazanych listów wynika, iż Agencja wdrożyła system teleinformatyczny bezpiecznego dostępu do informacji niejawnych w grudniu 2009 r. Podobnie z Wykazu wykonanych usług wynika, iż przedmiotowe zamówienie zostało zrealizowane w dniu 29.12.2009 r. Z drugiego z kwestionowanych listów wynika zaś, iż Przystępujący zaprojektował i zbudował dla wystawcy referencji w latach 2006-2010 system teleinformatyczny i telekomunikacyjny. Natomiast w powołanym Wykazie wykonanych usług wskazano, iż zamówienie zostało zrealizowane w dniu 31.03.2008 r.

W Formularzu cenowym, znajdującym się w ofercie i sporządzonym przez Przystępującego według wzoru formularza, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, w pkt 4 zawarte jest oświadczenie, iż ceny skalkulowane za wykonanie każdego z etapów niniejszego zamówienia zawierają wynagrodzenie za „udzielenie licencji do przekazanego w ramach etapu II Oprogramowania Standardowego wraz z Modyfikacjami (...)”. Zaś z § 2 ust. 1 Istotnych postanowień umowy, stanowiących załącznik do SIWZ wynika, iż „przedmiotem umowy jest modernizacja Centrum Certyfikacji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji (...), obejmująca następujące Etapy: 1) Etap I – wytworzenie Dokumentacji

*zawierającej Projekt techniczny zgodnie z OPZ oraz dostawę Urządzeń wraz z Oprogramowaniem Standardowym zgodnie z OPZ; 2) Etap II – wytworzenie Dokumentacji zawierającej Plan Testów Akceptacyjnych, Raport Wyników Testów, Plan Instruktażu oraz instalację i konfigurację dostarczonych Urządzeń wraz z Oprogramowaniem Standardowym, wytworzenie Oprogramowania Aplikacyjnego, przeprowadzenie testów i instruktażu, wdrożenie całego rozwiązania zgodnie z OPZ (...); 3) Etap III – wytworzenie Dokumentacji użytkownika i administratora oraz Dokumentacji eksploatacyjnej zgodnie z OPZ” (...). Z § 1 pkt 3 powołanych postanowień umowy wynika, iż „modyfikacja – oznacza wyższe wersje (update/upgradge), patche i programy korekcji błędów i inne programy Oprogramowania Aplikacyjnego i Oprogramowania Standardowego, do których udostępnienia na rzecz Zamawiającego wraz z odnoszącą się do tego Dokumentacją zobowiązany jest Wykonawca.”*

Pismem z dnia 12.07.2011 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Informacje zawarte w odpowiedzi udzielonej przez Przystępującego w dniu 15.07.2011 r. zostały uznane przez Przystępującego za tajemnicę przedsiębiorstwa, co z kolei stanowiło podstawę do sformułowania wniosku „o ich nieudostępnianie podmiotom trzecim, w szczególności innym wykonawcom.”

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż Przystępujący, składając ofertę, działał jako lider konsorcjum. W ocenie Izby, wskazanie w ofercie, w oznaczeniu wykonawcy, na Przystępującego jako lidera konsorcjum nie jest wystarczające do uznania, iż wykonawca ten złożył ofertę wspólnie z innym podmiotem. Dla właściwego ustalenia podmiotu, będącego wykonawcą w niniejszym postępowaniu, odwołać należy się zarówno do treści oferty, jak i załączników, które w sposób nierozzerwalny związane są z ofertą i które, przynajmniej w tym aspekcie, stanowią konsekwencję złożenia oferty o takiej a nie innej treści.

Po pierwsze, nie można pominąć, iż Przystępujący w niniejszym postępowaniu polega na doświadczeniu, wiedzy, potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowej innego podmiotu. W związku z powyższym, w celu wykazania spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu, posługuje się dokumentami, odnoszącymi się w tym przedmiocie, do innego podmiotu. Z powyższego nie można jednakże wywodzić, iż podmiot ten wspólnie z Przystępującym złożył ofertę. Przeczy temu bowiem treść oświadczenia z dnia 06.07.2011 r., z którego jednoznacznie wynika, iż wskazany podmiot zobowiązuje się jedynie do udostępnienia swoich zasobów, zaś taka rola w postępowaniu, biorąc pod uwagę treść przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w żaden



sposób nie daje podstaw do twierdzenia, iż podmiot ten musi być jednocześnie wykonawcą wspólnie ubiegającym się o zamówienie.

Po drugie, z oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny wynika, iż wykonawcą jest Przystępujący. Przemawia za tym fakt, że oświadczenie zostało złożone przez Przystępującego. Nadto, zauważyć należy, iż oświadczenie to zostało sporządzone według wzoru Zamawiającego (załącznik nr 4 do SIWZ), w którym Zamawiający alternatywnie wskazał, iż należy wymienić bądź wykonawcę bądź pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zaś Przystępujący sporządzając je, w sposób wyraźny wskazał, iż składa je w imieniu wykonawcy, którym jest on sam, a nie jako pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Analogicznie Przystępujący określił wykonawcę w oświadczeniu o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, mimo iż we wzorze załącznika nr 5 do SIWZ, Zamawiający zwrócił uwagę na konieczność rozróżnienia w którym imieniu składane jest oświadczenie. Stąd też wyraźne wskazanie w treści obu oświadczeń na wykonawcę i złożenie ich w imieniu wykonawcy a nie jako pełnomocnik wykonawców, przy uwzględnieniu okoliczności, że Zamawiający zaakcentował tę różnicę w odpowiednich wzorach dokumentów, nie pozwala na stwierdzenie, iż działania Przystępującego nie wynikały z okoliczności faktycznie istniejących.

Po trzecie, wskazać należy, iż również pełnomocnictwo z dnia 06.07.2011 r., dołączone do oferty Przystępującego potwierdza, że Przystępujący złożył ofertę samodzielnie. Nie inaczej bowiem należy interpretować oświadczenie, iż przedmiotowe pełnomocnictwo upoważnia m.in. do „*podpisania i złożenia oferty w imieniu Spółki.*” Z powyższego jednoznacznie wynika, iż ofertę w niniejszym postępowaniu złożyła Spółka ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., tj. Przystępujący.

Ustalenie wykonawcy składającego ofertę jest podstawową kwestią w każdym postępowaniu i stąd też podjęte przez zamawiającego działania w tym przedmiocie winny być dokonywane z najwyższą starannością. Zamawiający w niniejszym postępowaniu temu nie zadośćuczynił, bowiem zważywszy na doniosłość przedmiotowego aspektu i daleko idące skutki wskazane było wezwanie Przystępującego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca bowiem, jakkolwiek w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego jedynie uprawnienie do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, to jednakże za niezbędne należy uznać żądanie tychże wyjaśnień w kwestiach fundamentalnych dla oceny ofert, jeśli w tym zakresie pojawi się jakakolwiek wątpliwość (tak jak w niniejszym postępowaniu rozbieżność w określeniu wykonawcy w treści oferty i dołączonych do niej oświadczeń i dokumentów).

Jednocześnie biorąc pod uwagę treść oświadczenia złożonego przez Przystępującego na rozprawie, jak również treść dokumentów i oświadczeń załączonych do

oferty stwierdzić należy, iż nie budzi wątpliwości, że Przystępujący złożył ofertę samodzielnie, co w konsekwencji winno prowadzić do zakwalifikowania niniejszego błędu do kategorii oczywistej omyłki pisarskiej i poprawienia jej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż stwierdzenie którejkolwiek z omyłek wymienionych w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek jej poprawienia.

Ustalenie, iż Przystępujący samodzielnie złożył ofertę pozwala na stwierdzenie, że dokumenty, o których mowa w pkt 7 ppkt 7.8 SIWZ zostały złożone w sposób prawidłowy i stwierdzenie jakiegokolwiek braku w tym zakresie nie jest możliwe. Co więcej, uchybienie w tym zakresie należałoby oceniać co najwyżej przez pryzmat naruszenia art. 26 ust. 3 i w konsekwencji ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a nie jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zatem, w tym zakresie zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za nietrafny.

Uchybienie przez Zamawiającego wskazanym przepisom (art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie stanowi jednakże przesłanki do uwzględnienia odwołania, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem przedmiotowe naruszenia nie mają wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Jednocześnie, biorąc pod uwagę treść powołanego przepisu w zw. z przepisem art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba nie nakazała poprawienia stwierdzonej omyłki.

Izba nie podziela również twierdzenia Odwołującego, iż List referencyjny wystawiony przez Agencję Rezerw Materiałowych nie może stanowić podstawy do wykazania warunku udziału w postępowaniu, zawartego w pkt 6.1 SIWZ z tej przyczyny, iż data wystawienia referencji jest wcześniejsza niż data zakończenia realizacji zamówienia. Jakkolwiek wskazana rozbieżność faktycznie istnieje i mogła budzić wątpliwości, a tym samym stanowić przeszkodę do uznania, iż Przystępujący wykazał należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia, to wobec treści dokumentu przedstawionego na rozprawie, nie budzi wątpliwości, iż ocena wykonania zamówienia, objętego kwestionowaną referencją, dotyczy pełnego okresu jego realizacji. Przyznanie przez Przystępującego, iż błędu w dacie wystawienia referencji nie zauważył a zwrócenie na powyższe uwagi Agencji doprowadziło do korekty referencji również nie budzi wątpliwości. Zatem, wobec braku zastrzeżeń co do wiarygodności oświadczenia Przystępującego i prawdziwości dokumentu złożonego na rozprawie oraz wobec braku przedstawienia przez Odwołującego dowodu przeciwnego, daje podstawy do stwierdzenia, iż Przystępujący spełnienie kwestionowanego warunku wykazał.

Izba nie widzi również podstaw do kwestionowania Listu referencyjnego z dnia 16.09.2010 r. Jakkolwiek rozbieżność między treścią Listu a Wykazem wykonanych usług w faktycznie występuje co do terminu zakończenia realizacji zamówienia i winna być przedmiotem wyjaśnień ze strony Przystępującego, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, to wobec oświadczenia złożonego przez Przystępującego na

rozprawie, iż w istocie zamówienie zostało wykonane w roku 2010, biorąc pod uwagę usługi serwisowe i z tytułu udzielonej gwarancji, kwestię tę należało uznać za wyjaśnioną, ustalone bowiem została data wykonania zamówienia.

Nie ma zaś racji Odwołujący, iż rozbieżność co do terminu wykonania zamówienia winna być ustalona w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji Zamawiający winien dokonać poprawienia omyłek, bowiem ustawodawca ustanowił odmienny tryb wyjaśniania treści oferty i treści oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jednocześnie odmiennie wytyczając kierunki działań, w zależności od wyniku poczynionych ustaleń. Skutkiem niewyjaśnienia wątpliwości w treści oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, winno być wezwanie do ich uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ewentualnie wykluczenie wykonawcy, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zaś stwierdzenie omyłki w treści oferty winno skutkować jej poprawieniem, na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie można się również zgodzić z Odwołującym, iż okoliczności stanowiące podstawę kwestionowania Listów referencyjnych mogą świadczyć o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, z powodów o których była mowa wyżej.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, iż treść Formularza cenowego, załączonego do oferty, pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ. Jak trafnie wskazuje Przystępujący, wzór przedmiotowego formularza został narzucony przez Zamawiającego (załącznik nr 3 do SIWZ), a Przystępujący go wypełnił w taki sposób, że skalkulował (wycenił) wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy zamówienia. Nie można zatem wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który składa żądany przez Zamawiającego formularz, treściowo odpowiadający wzorowi, stanowiącemu załącznik do SIWZ, uzupełniony o kalkulację wynagrodzenia, w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. W ocenie Izby, skoro wykonawca zadośćuczynił wymaganiom Zamawiającego, to nawet gdyby istniały pewne rozbieżności pomiędzy dokumentami składającymi się na treść SIWZ, to konsekwencje tych rozbieżności muszą obciążać Zamawiającego a nie wykonawcę. Mocą żadnych przepisów wykonawca nie jest bowiem zobowiązany do korygowania działań Zamawiającego i samodzielnego poprawiania treści SIWZ. Czuwanie nad spójnością dokumentów stanowiących SIWZ jest bowiem rolą zamawiającego, a jakiegokolwiek uwagi wykonawców w tym zakresie mogą być zgłaszane wobec postanowień SIWZ, a nie na etapie składania ofert.

Nadto, należy zwrócić uwagę, iż załącznik nr 3, dotyczący kalkulacji ceny, jest skorelowany z § 7 ust. 2 Istotnych postanowień umowy, odnoszącym się do wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych etapów zamówienia. Jak wynika z treści przedmiotowego postanowienia, Zamawiający w ramach etapu II przewidział „udzielenie licencji do przekazanego w ramach etapu Oprogramowania Standardowego wraz z Modyfikacjami

(...)." Powyższe potwierdza, iż wykonawca nawet gdyby analizował treść Istotnych postanowień umowy, w kontekście Załącznika nr 3 do SIWZ, miał podstawy do uznania, iż udzielenie licencji na Oprogramowanie Standardowe dotyczy również Etapu II.

Jedną z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta jednakże doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z dalszych przepisów. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie każdy z wykonawców może uczynić zastrzeżenie, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu *sensu largo*, nie mogą być udostępniane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Z przytoczonych przepisów należy odkodować normę prawną, zgodnie z którą jakkolwiek jawność postępowania jest cechą, której ustawodawca przypisał istotne znaczenie, to nie wiecie ona bezwzględniego prymatu. Norma prawna wynikająca ze wskazanych przepisów kreuje zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy uprawnienie do ograniczenia dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający może przedmiotowe ograniczenie wprowadzić w stosunku do wszystkich informacji, które z tym postępowaniem mają związek, zaś wykonawca, co oczywiste, uprawnienia te ma węższe, bowiem dotyczyć mogą tylko informacji od niego pochodzących. Inna jest też przesłanka, która może stanowić podstawę skutecznego zastrzeżenia informacji. W przypadku zamawiającego są to okoliczności wskazane w ustawie, zaś wykonawca może powoływać się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, skoro zastrzeżenie uczynione przez wykonawcę powinno mieć swoje źródło w przepisach prawa, a konkretnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to odnosząc to do uprawnienia, a jednocześnie obowiązku zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, stwierdzić należy, iż z powyższego wynika kolejny obowiązek dla zamawiającego, a mianowicie konieczność zbadania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w świetle przepisu art. 11 ust. 4 powołanej ustawy, w istocie tak należy zakwalifikować.

Ustawodawca nie zdecydował się na wskazanie terminu, ani trybu, w jakim ta weryfikacja ze strony zamawiającego ma nastąpić. Nie zobowiązał również zamawiającego do zajęcia stanowiska w określonej formie, ani do wyjaśnienia, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiotowej kwestii.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający pierwotnie za Przystępującym przyjął, iż informacje, składające się na treść wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowisko powyższe, w ocenie Izby, nie jest jednak prawidłowe. Nasilający się trend w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego,

którego skutkiem są działania wykonawców zmierzające do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa jak największej grupy dokumentów powinien, nie tylko ze względu na istniejące przepisy prawa, ale również z powodu, chęci wyłączenia przez wykonawców oceny ofert spod kontroli innych wykonawców, skłonić zamawiających do wnikliwej analizy podstaw ograniczenia dostępu do informacji z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż różny jest rodzaj chronionych przez art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wiadomości, jedne mają charakter techniczny, inne technologiczny, ale są i takie, które obejmują pewne informacje istotne z punktu widzenia organizacji przedsiębiorstwa jako takiego (jego struktury, przepływu dokumentów, zabezpieczenia danych itp.). Zaliczenie przedmiotowych wyjaśnień do kategorii informacji, o których mowa w art. 11 ust. 4 powołanej ustawy powoduje, iż dla ustalenia, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest stwierdzenie, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej a wykonawca podjął niezbędne działania do zachowania ich w poufności.

Analiza treści złożonych przez Przystępującego informacji w przedmiocie rażąco niskiej ceny skłania do wniosku, iż wszelkie zawarte tam wiadomości, dotyczące organizacji przedsiębiorstwa nie mają charakteru poufnego. Po pierwsze, podmioty na rzecz których Przystępujący świadczył usługi w większości należą do kategorii jednostek publicznych, a tym samym możliwe jest uzyskanie od nich informacji na temat wykonawców, którzy zrealizowali dane zamówienie. Po drugie, podmioty te wymienione są na stronach internetowych Przystępującego. Podobnie, dane dotyczące powiązań kapitałowych, jak i współpracy z innymi firmami, również zamieszczone są na stronach internetowych Przystępującego. Nadto, dołączony do oferty KRS Przystępującego, jak i COMP S.A. stanowi źródło informacji o łączących je związkach kapitałowych.

Jeśli chodzi zaś o podane przez Przystępującego informacje, mające związek z kalkulacją ceny, a więc doświadczenie w realizacji tego typu projektów, stabilny i wysoko wykwalifikowany zespół, własne produkty, wysokie upusty otrzymywane od wykonawców zewnętrznych, a także własny ośrodek szkoleniowy mogłyby być zaliczone do kategorii innych informacji posiadających wartość gospodarczą, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednakże poziom ich ogólności nie podaje podstaw do uznania, iż jakkolwiek wartość gospodarczą należy im przypisać. Zdaniem Izby, posiadanie podstawowej wiedzy z zakresu ekonomii pozwala na stwierdzenie, iż czynniki wskazane przez Przystępującego należy zaliczyć do determinantów ceny. Co więcej, wiedza o posiadanym przez Przystępującego doświadczeniu i własnych produktach płynie, jak wskazano wyżej, ze stron internetowych tego wykonawcy. Zaś, możliwość uzyskania wysokich upustów nie jest niczym zaskakującym w przypadku doświadczonego i obecnego przez wiele lat na rynku wykonawcy.

Nieprawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie świadczy o niezgodności treści oferty z ustawą, gdyż w niniejszym postępowaniu to nie treść oferty, a wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny stanowią przedmiot tajemnicy.

W kwestii podnoszonej przez Przystępującego, co do braku możliwości stwierdzenia naruszenia przepisu o charakterze dyspozytywnym, którym jest przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, Izba nie podziela zaprezentowanego stanowiska. W pierwszej kolejności bowiem zauważyć należy, iż przepis ten nie ma charakteru dyspozytywnego, wręcz przeciwnie jest to przepis o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Natomiast dyspozycja normy zawartej w analizowanym przepisie zawiera nakaz określonego zachowania, co statuuje ją w gronie norm nakazujących, a w konsekwencji umożliwia stwierdzenie jej naruszenia w przypadku podjęcia działań sprzecznych z jej dyspozycją.

Co do zarzutu, iż dla skuteczności zastrzeżenia konieczne było uczynienie tego zastrzeżenia najpóźniej z chwilą składania oferty, jakkolwiek zarzut ten jest spóźniony, bowiem został zgłoszony dopiero na rozprawie, to na marginesie należy zwrócić uwagę, iż we wskazanym terminie możliwe jest utajnienie tylko tych informacji, które stanowią ofertę. Jakkolwiek obowiązek uczynienia takiego zastrzeżenia co do informacji, które hipotetycznie mogą zostać złożone w przyszłości, nie wynika ani z przepisów Pzp, ani tym bardziej z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie podziela również twierdzeń Przystępującego, iż brak korelacji między zarzutem a żądaniem stanowi wystarczającą przyczynę do oddalenia odwołania. Pogląd ten, w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie znajduje uzasadnienia, zauważyć bowiem należy, iż o uwzględnieniu odwołania przesądza fakt stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Przytoczony zaś przez Przystępującego w tym kontekście zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest o tyle nieprawidłowy, że brak możliwości uwzględnienia tego zarzutu wynika z faktu, iż wskazane przez Odwołującego okoliczności faktyczne na poparcie twierdzenia o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie znalazły potwierdzenia. Nie można bowiem pominąć, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zwiera dwie normy prawne, po pierwsze, ustanawia nakaz składania ofert zgodnych z SIWZ, po drugie ustanawia nakaz odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ. Przekroczenie któregokolwiek z tych nakazów lub obu prowadzi do stwierdzenia naruszenia prawa.

Powyższe pozwala na stwierdzenie, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów art. 8 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1, w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, pozostałe zaś zarzuty należało uznać za chybione.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji. Izba nakazując unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej miała na względzie okoliczność, iż wybór ten został dokonany w warunkach naruszenia przepisów prawa, które mogą mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. B ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b oraz § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....