

WYROK
z dnia 20 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2011 r. przez wykonawcę SYGNITY S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Łódzkie w Łodzi,

przy udziale wykonawcy Asseco Poland S.A. w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Województwu Łódzkiemu w Łodzi ujawnienie załączników nr 4.1 i 5 do oferty Asseco Poland S.A. w Rzeszowie oraz dokumentów potwierdzających, że oferowane przez Asseco Poland S.A. dostawy i usługi spełniają wymogi określone przez zamawiającego;

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Łódzkie w Łodzi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SYGNITY S.A. w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Województwa Łódzkiego w Łodzi na rzecz SYGNITY S.A. w Warszawie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Łódzkie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie infrastruktury sieciowej, dostawa i wdrożenie urządzeń aktywnych oraz dostawa i wdrożenie telefonii VoIP w zakładach opieki zdrowotnej podległych Samorządowi Województwa Łódzkiego w ramach zintegrowanego projektu Regionalny System Informacji Medycznej Województwa Łódzkiego.

Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2011 r. poinformował Sygnity S.A. w Warszawie, w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie oferty, że część oferty zastrzeżona przez Asseco Poland S.A. w Rzeszowie pozostaje tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wykonawca Sygnity S.A. wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 lipca 2011 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 8 ust. 1, 2, 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez naruszenie zasady jawności postępowania i zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) części oferty złożonej przez Asseco Poland S.A. tj. m.in.:

- załącznika nr 4.1 do formularza ofertowego - zgodnego ze wzorem Załącznika 4.1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- opisu oferowanego przedmiotu zamówienia - zgodnego ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia
- dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy i usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego

pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach i oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: odtajnienia (ujawnienia) części oferty złożonej przez Asseco Poland S.A., co umożliwi odwołującemu

zapoznanie się z ofertą z poszanowaniem zasad ustawy.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że nawet jeśli wymienione dokumenty i oświadczenia zostały zamieszczone w ofercie Asseco Poland S.A., to w żadnym wypadku ich treści nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) zamawiający winien je odtajnić, czego nie uczynił.

Podkreślił, że załącznik nr 4.1 do formularza ofertowego oraz dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy i usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego wymagane były w celu szczegółowego określenia przez wykonawców oferowanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący ocenił, że informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczą jedynie informacji o urządzeniach i technologii wymaganych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w załącznikach, czyli urządzeń i technologii telefonii VoIP opartej na bardzo popularnym protokole IP. Funkcjonują one w oparciu o ustalone standardy techniczne i są powszechnie dostępne na rynku dla dowolnie szerokiego kręgu wykonawców. Argumentował, że z racji powszechnej dostępności, informacje w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia (urządzeń i technologii) nie podlegają ochronie w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że z przywołanych względów sam nie dokonał zastrzeżenia swojej oferty w powyższym zakresie. Podniósł, że zakres i szczegółowość informacji została określona przez zamawiającego we wzorach stanowiących załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzucił, że faktycznym powodem zastrzeżenia dokumentów i oświadczeń nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym odwołującemu, weryfikacji oferty pod kątem zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na wzmocnienie argumentacji odwołujący przywołał orzecznictwo Izby.

Asseco Poland S.A. 15 lipca 2011 r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę. Po otwarciu rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w części dotyczącej załącznika nr 5 oraz dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy i usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zamawiający uznał jednak, że ilości sprzętu w

rozbiciu na poszczególne punkty dostępowe i budynki partnerów wskazane w załączniku nr 4.1. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego i wnosił o oddalenie odwołania.

Przystępujący oświadczył, że zgadza się z oceną zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2010 r., pod numerem 31.03.2010r., numer ogłoszenia 2010/S 63-094394.

Wykonawcy zobowiązani byli do sporządzenia załączników nr 4.1. i 5 zgodnie ze wzorami stanowiącymi Załącznik nr 4.1. i 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W załączniku nr 4.1. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwzględnieniem zmiany dokonanej 13 czerwca 2011 r. zamawiający wskazał ilość portów przypisaną każdej z jednostek służby zdrowia partnerów programu.

Termin składania ofert upłynął 1 lipca 2011 r. i zamawiający bezpośrednio po jego upływie otworzył oferty. Złożono 2 oferty: przystępujący (z ceną 13.326.000 zł) oraz odwołujący (z ceną 13.407.000 zł).

Odwołujący zapoznał się z ofertą przystępującego 4 lipca 2011 r.

Przystępujący zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa: załącznik nr 4.1 do formularza ofertowego zawierający zestawienie rodzaju, typu produktu, nazwy i modelu oraz ilości oferowanych urządzeń, załącznik nr 5 do formularza ofertowego zawierający opis oferowanego przedmiotu zamówienia oraz dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy i usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

5 lipca 2011 r. odwołujący skierował do zamawiającego wniosek o udostępnienie całości oferty, w tym informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego.

Zamawiający pismem z 8 lipca 2011 r. wyznaczył odwołującemu termin 11 lipca 2011 r. na wgląd do oferty przystępującego, jednak kolejnym pismem z tego samego dnia poinformował odwołującego o tym, iż część oferty zastrzeżona przez przystępującego pozostaje tajemnicą przedsiębiorstwa na obecnym etapie badania ofert.

Pismem z 14 lipca 2011r. zamawiający poinformował odwołującego, że „odtajni” zastrzeżoną część oferty przystępującego, pozostawiając jako zastrzeżony fragment załącznika nr 4.1. w postaci szczegółowych ilości sprzętu planowanego do dostarczenia, w rozbiciu na poszczególne punkty dostępowe i budynki partnerów. Zamawiający wskazał, że „odtajniona” część oferty zostanie udostępniona po uprawomocnieniu się czynności zamawiającego.

Pismem z 15 lipca 2011r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie odtajnionej części oferty. Do dnia rozprawy nie uzyskał odpowiedzi.

Przystępujący złożył regulamin pracy, którego § 3 ust. 13 zobowiązuje pracowników do zachowania w

tajemnicy i ochrona przed nieuprawnionym ujawnieniem informacji niejawnych i poufnych i nie wykorzystywanie ich w innym celu, niż do wykonania obowiązków wynikających z umowy o pracę, ani nie ujawnianie i nie udostępnianie osobom nieupoważnionym w jakiegokolwiek formie, zarówno w czasie zatrudnienia, jak i po jego ustaniu.

Izba dokonała ustaleń na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wymienionych pism znajdujących się w aktach sprawy w formie poświadczonych przez zamawiającego lub ich oryginałów okazanych na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jako wykonawca, który złożył ofertę, posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia. Naruszenia przepisów ustawy powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści związanych z realizacją zamówienia publicznego. Gdyby bowiem zamawiający udostępnił odwołującemu informacje zastrzeżone przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, odwołujący mógłby dokonać oceny zgodności treści ofert przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co otwierałoby mu drogę do kwestionowania jej wyboru jako najkorzystniejszej, a tym samym dawałoby możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wbrew pogładowi zamawiającego i przystępującego odwołanie nie jest przedwczesne.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego zawartym w wyroku z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) oraz poglądami wyrażanymi w doktrynie i orzecznictwie, obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę, jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, odpowiadają dyspozycji art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 180 ust. 1 Pzp stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. W oparciu o przywołany przepis w orzecznictwie Izby wyrażany jest pogląd, że zdarzeniem od którego jest liczony bieg terminu na wniesienie odwołania wobec zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, jest otwarcie ofert (*vide*: wyroki z 9 września 2010 r.,

KIO 1851/10 oraz z 11 marca 2011r. KIO 404/11), a odwołanie wniesione pod upływie 10 dni od otwarcia ofert podlega odrzuceniu (*vide*: postanowienie z 27 kwietnia 2011 r., KIO 791/11).

W tym kontekście zachowanie odwołującego, który wniósł odwołanie z uwzględnieniem terminu wniesienia odwołania liczonego zarówno od daty otwarcia ofert, jaki i odmowy udostępnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego, ocenić należy nie jako działanie przedwczesne, lecz jako akt należytej staranności wykonawcy dążącego do uzyskania zamówienia.

Jednak nawet przy przyjęciu poglądu, podzielanego przez Izbę w tym składzie orzekającym, zgodnie z którym ocena zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi element badania oferty, nie można odmówić wykonawcy prawa do wniesienia odwołania, wobec uznania przez zamawiającego zastrzeżenia za zgodne z prawem, jeszcze przed przesłaniem przez zamawiającego informacji o wynikach postępowania. Odwołanie takie nie podlega odrzuceniu z przyczyn dotyczących terminu jego wniesienia i, jeśli zostały zachowane przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp, winno być rozpoznane co do istoty.

Na podkreślenie zasługuje, że w obecnym stanie prawnym przeszkodą do rozpoznania odwołania jest jego wniesienie po upływie ustawowego terminu (art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp), nie zaś „uchybiecie terminu ustawowego” o którym stanowił art. 187 ust. 1 pkt 3 Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. Nr 223, poz. 1778 ze zm.)

Izba uznała również, że odwołanie nie podlega oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp. Przywołany przepis zawiera samoistne niezbędne przesłanki uwzględnienia odwołania w postaci stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy oraz wpływu stwierdzonych naruszeń na wynik postępowania.

Postępowanie odwoławcze wszczyna się przez wniesienie odwołania.

Skoro zamawiający po wniesieniu odwołania przyznał, że załącznik nr 5, dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego oraz załącznik nr 4.1., za wyjątkiem ilości oferowanych urządzeń, nie podlegają zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa – uznał odwołanie w tym zakresie – to bezsporne jest, że wcześniejsza odmowa udostępnienia tych informacji odwołującemu stanowi naruszenie przepisów ustawy. Izba, stosownie do art. 190 ust. 5 Pzp, uznała te okoliczności za przyznane przez zamawiającego i nie budzące wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Naruszenie przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący do rozprawy nie mógł zapoznać się z informacjami nieprawidłowo zastrzeżonymi przez przystępującego.

Wykonawca działający z zachowaniem należytej staranności, nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że zamawiający wadliwie wykonywał czynności związane z badaniem

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie informował jednoznacznie odwołującego, że jest w trakcie badania zastrzeżenia przystępującego, ani że odmowa udostępnienia informacji spowodowana jest tym, że zamawiający nie dokonał jeszcze oceny zastrzeżenia. Zamawiający nie występował do przystępującego o wskazanie przyczyn dokonanego zastrzeżenia, choć działając starannie winien to uczynić.

Nie można odmówić zamawiającemu prawa do wyznaczenia terminu na zapoznanie się z treścią oferty po upływie ustawowego terminu na ewentualne wniesienie odwołania przez wykonawcę, który dokonał zastrzeżenia. Jeśli jednak wskutek decyzji zamawiającego do otwarcia rozprawy odwołujący nie zapoznał się z informacjami bezprawnie zastrzeżonymi, to stan rzeczy ustalony w toku postępowania jest taki, że naruszenie przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania – zamawiający nie wykonał bezprawnie zaniechanej czynności udostępnienia dokumentów (art. 191 ust. 2 Pzp).

Izba uwzględniła zarzut dotyczący zastrzeżenia w treści załącznika nr 4.1. ilości oferowanego sprzętu. Izba zważyła, iż zarzutem odwołania objęta była czynność odmowy udostępnienia całości załącznika nr 4.1, a odwołujący wskazywał, że dane te są mu niezbędne do oceny prawidłowości oferty przystępującego. Znajomość nazw handlowych, oznaczeń oferowanego sprzętu, bez wiedzy na temat jego ilości, z całą pewnością spowoduje, że cel wniesienia odwołania, wyraźnie wyartykułowany w jego treści, nie zostałby osiągnięty. Zamawiający przyznał wszak na rozprawie, że znajomość nazwy handlowej urządzenia umożliwi ustalenie liczby portów posiadanych przez to urządzenie. A skoro zamawiający wymagał określonej liczby portów w poszczególnych lokalizacjach, to dane dotyczące ilości sprzętu umożliwiają weryfikację oferty przystępującego, ocenę, czy oferowana ilość sprzętu zapewnia realizację przedmiotu zamówienia. Art. 192 ust. 7 Pzp nie znajdzie zatem zastosowania.

Art. 8 ust. 1 i 2 Pzp stanowią, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. O tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Niesporne jest, że przedmiot zamówienia dotyczy urządzeń oraz technologii powszechnie

dostępnych na rynku, opartych na standardowych rozwiązaniach technicznych dotyczących transmisji danych i telefonii VoIP.

Izba nie dała wiary stanowisku zamawiającego, że wyliczenie ilości urządzeń stanowi „emanację know-how” przystępującego. Przeciwnie, w ocenie Izby, dane te stanowią jedynie tabelaryczne zestawienie ilości urządzeń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia urządzeń.

Różnica w zestawieniach wynikać może z różnicy cech i standardów oferowanych urządzeń, przypisanej każdemu z nich liczby portów lub być skutkiem błędnego wyliczenia dokonanego przez wykonawcę. Izba nie dopatrzyła się w samym zestawieniu ilościowym urządzeń informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub innej informacji posiadającej wartość gospodarczą. Można ewentualnie uznać, że informacje te mają wartość gospodarczą w tym postępowaniu, jako że są związane z możliwością uzyskania zamówienia przez przystępującego, który dokonał zastrzeżenia. Jednak ochronie w myśli art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają informacje, których ujawnienie godzi interesy przedsiębiorcy przekraczające możliwość uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Sam fakt, że konkurujący wykonawca, będzie mógł skontrolować, czy oferowane ilości urządzeń zostały wyliczone prawidłowo i zapewniają realizację zamówienia, nie uzasadnia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba nie podzieliła poglądu przystępującego, że odwołujący „nie udowodnił ponad wszelką wątpliwość” nieprawidłowości zastrzeżenia. Odwołujący powołał charakter przedmiotu zamówienia, wymagania zawarte w załączniku Nr 4.1. oraz złożone przez siebie dokumenty. Izba dokonała również analizy treści załącznika nr 4.1 przystępującego.

Powołane dowody, oświadczenia zamawiającego i przystępującego złożone na rozprawie nie dały podstaw do przyjęcia, że dane te są godne ochrony, a ich weryfikacja przez konkurującego wykonawcę naruszy interes przystępującego, inny niż uzyskanie zamówienia w badanym postępowaniu.

Tym samym nawet przy uznaniu, że dane te podlegają ochronie zgodnie z § 3 ust. 13 regulaminu pracy przystępującego (mimo, że brak jest podstaw do przyjęcia, że w przedsiębiorstwie przystępującego informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa posiadają taki status), to nie spełnione zostały wymagania zawarte w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przesłanki zawarte w przywołanym przepisie winny być spełnione kumulatywnie, zatem sam fakt podjęcia działań w celu zachowania poufności informacji jest niewystarczający dla objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba uznała zatem, że zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie, a naruszenie przepisów ustawy, tak w zakresie uznania odwołania przez zamawiającego, jak i zarzutu rozpoznanego na rozprawie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp

orzekła, jak w pkt 1 sentencji . O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:.....