

**WYROK**

**z dnia 16 października 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Joanna Borowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka jawna S. M., S. E. w Michałowicach, ACTION Spółka Akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **"KONCEPT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze, TA-Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Qumak Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddała odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka jawna S. . S. E. w Michałowicach, ACTION Spółka Akcyjna w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka jawna S. M., S. E. w Michałowicach, ACTION Spółka Akcyjna w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka jawna S. M., S. E. w Michałowicach, ACTION Spółka Akcyjna w Warszawie** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup sprzętu komputerowego dla Grupy Zakupowej PKP SA.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 28 września 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka jawna S. M., S. E. w Michałowicach, ACTION Spółka Akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności podjętych oraz zaniechanych przez zamawiającego w postępowaniu tj. od zaniechania odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń zastrzeżonych przez Konsorcjum GALAXY jako tajemnica przedsiębiorstwa pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach i oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ww. czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący postawili zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 w związku z naruszeniem art. 8 ust od 1 do 3 ustawy P.z.p. w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum GALAXY jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy P.z.p., odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia niezwłocznie odwołującemu dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum GALAXY jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazali, że jest wykonawcą, którzy są zainteresowani udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia i mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożyli ofertę i ubiegają się o udzielenie mu zamówienia. Odwołujący wskazali, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, mogą ponieść szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy i ujawnił (odtajnił) dokumenty i oświadczenia zastrzeżone przez Konsorcjum Galaxy jako tajemnica przedsiębiorstwa, odwołujący poprzez analizę ww. dokumentów i oświadczeń mieliby

możliwość zweryfikowania ich prawidłowości oraz prawdziwości. Tym samym odwołujący mieliby możliwość zweryfikowania zgodności treści ww. ofert z treścią s.i.w.z. oraz oceny spełniania przez ww. wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a w rezultacie ewentualnego domagania się odrzucenia ofert bądź wykluczenia wykonawców z postępowania, co zwiększałoby szansę odwołujących na uzyskanie zamówienia. Odwołujący podnieśli, że zamawiający przewidział po dokonaniu badania złożonych ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzenie aukcji elektronicznej, jeżeli w postępowaniu zakupowym złożone zostaną co najmniej trzy oferty niepodlegające odrzuceniu w zakresie poszczególnych zadań.

Odwołujący wskazali, że przepis art. 8 ustawy P.z.p. wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, iż to zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady. Przepis art. 8 ust. 2 ustawy P.z.p. zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie. W ust. 3 powyższego przepisu ustawodawca zakazuje zamawiającemu udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzeże, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje te nie mogą być udostępnione oraz wykaże, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołujących, z treści przepisu art. 8 ustawy P.z.p., w szczególności z treści nakazu wyrażonego przez ustawodawcę „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu [...] ”, wynika obowiązek badania przez zamawiającego czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późno zm.). Biorąc pod uwagę, że wykonawca winien do terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający zobowiązany jest do samodzielnej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez pryzmat przesłanek wskazanych w ustawie uprawniających do ograniczenia jawności.

Powyższe stanowisko w pełni podzielił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), stwierdzając, że „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.”

Stanowisko to zachowuje pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Odwołujący wskazali, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., ICKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59):

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki uznania tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza że decyduje o tym treść dokumentu. W ocenie odwołujących wszystkie dokumenty zastrzeżone przez Konsorcjum GALAXY nie spełniają przesłanek zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazali jednak, że, biorąc pod uwagę treść zastrzeżonych dokumentów, należy bardzo precyzyjnie i dokładnie odnosić się do ich treści. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku, w ocenie odwołujących, zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. Odpowiednie badanie w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajemnica

przedsiębiorstwa winno być precyzyjne i dokładne ponieważ wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa.

Na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania już na etapie składania ofert, że zastrzeżone informacje, spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Konieczne jest 1 zatem określenie rodzaju informacji oraz wykazanie, iż posiada ona dla wykonawcy wartość gospodarczą a także wykazanie, iż wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie poufności takiej informacji.

Odwołujący podnieśli, że *de lege lata* art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 p.z.p. nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w tym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który ma obowiązek zarówno wskazać zakres informacji niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazać, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Porównanie z poprzednim brzmieniem art. 8 ust. 3 p.z.p. jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ma to uczynić jednocześnie, bez odrębnego wezwania ze strony zamawiającego, przy składaniu w postępowaniu dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa(...) Poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w takiej sytuacji ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym tych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 u.z.n.k., rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. . Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 p.z.p. oznacza, że *de facto* wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (wyrok z dnia 03.04.2015 r., sygn. KIO 561/15).

Biorąc zatem pod uwagę orzecznictwo sądów oraz zacytowaną wyżej definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący podnieśli, że informacje zastrzeżone w dokumentach złożonych przez wskazanych w niniejszym piśmie wykonawców nie wypełniają przesłanek, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie

wykonawcy nie wykazali, że zastrzeżone informacje wypełniają te przesłanki wobec czego ich treść nie może być zastrzeżona przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdzili, że - jak wynika z analizy skanów ofert przekazanych przez zamawiającego – Konsorcjum GALAXY zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa co najmniej:

a) wykaz wykonanych dostaw głównych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz dokumenty podmiotów trzecich;

b) wykaz punktów serwisowych;

c) informacje z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy;

d) raporty z testów BABCo dla oferowanego sprzętu;

e) oświadczenia DELL potwierdzające wynik oraz sposób wykonania testu BABCo;

f) Certyfikaty ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych dla firmy świadczącej serwis gwarancyjny;

g) oświadczenia DELL, że firma świadcząca serwis gwarancyjny posiadają jego autoryzację;

h) Deklaracje zgodności CE,

i) oświadczenia DELL potwierdzające zgodność oferowanego sprzętu z normą MIL-STD 810G w zakresie przynajmniej 5 (pięciu) metod badania;

j) raporty wystawione przez niezależną akredytowaną jednostkę badawczą potwierdzającą poziom hałasu oraz sposób przeprowadzenia testu dla oferowanych sprzętów; k) oświadczenia DELL potwierdzające poziom hałasu oraz sposób przeprowadzenia testu dla oferowanych sprzętów;

l) oświadczenia DELL potwierdzające warunki serwisu i gwarancji zaoferowane przez Wykonawcę; m) oświadczenia DELL potwierdzające, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych Wykonawcy lub firmy serwisującej, Dell Inc. przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem gwarancyjnym;

n) inne dokumenty dołączone do oferty Konsorcjum GALAXY.

Odwołujący podnieśli, że żaden z pozostałych wykonawców nie utajnił analogicznych do powyższych dokumentów co oznacza, wobec przytoczonej wyżej argumentacji, że zamawiający po przez zaniechanie odtajnienia wskazanych powyżej dokumentów złamał zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.. Co więcej, w ocenie odwołujących, zamawiający - poprzez uniemożliwienie weryfikacji ofert a tym samym - poszanowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może wypaczyć wynik postępowania. W ocenie odwołujących nie budzi wątpliwości, że treści ww. dokumentów i oświadczeń nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie w całości przez ww. wykonawców było i jest bezpodstawne.

Ad. a)

Odnosnie zastrzeżenia wykazu głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie odwołujący wskazali, że zastrzegając wykaz dostaw oraz dokument potwierdzający, iż dostawa wyszczególniona w wykazie została wykonana należycie, każdy z wykonawców musiałby wykazać, że wszystkie przesłanki zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa wynikające z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostały spełnione. W szczególności zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dostaw wykonanych na rzecz podmiotów publicznych na podstawie umów uzyskanych w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie zasługują na ochronę. Informacje o podmiotach dostarczających sprzęt komputerowy do podmiotów publicznych stanowi informację publiczną czego konsekwencją jest niespełnienie przesłanki nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej.

Ad. b)

W ocenie odwołujących, za całkowicie absurdalne i nieuzasadnione należy uznać utajnienie wykazu punktów serwisowych. Informacje w tym zakresie nie mogą wypełniać definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której informacja o tym, że serwis będzie wykonywany przez inny niż wykonawca podmiot, ze wskazaniem jego punktów serwisowych, do których dostęp może mieć każdy zainteresowany, zasługuje na jakąkolwiek szczególną ochronę w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Ad. c)

W ocenie odwołujących, nie spełnia przesłanek zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową



wykonawcy. Dokumenty te nie zawierają danych, które mogłyby uzasadniać objęcie ich tajemnicą. Potwierdzają jedynie spełnianie warunków, które były jawne. Z ostrożności nawet gdyby uznać, że dokładna wysokość posiadanych środków stanowiła jakąś wartość gospodarczą, czemu co do zasady odwołujący zaprzeczyli, to objęta zastrzeżeniem powinna być jedynie kwota, a ujawnione wszystkie pozostałe informacje, w tym nazwa banku czy sama treść dokumentu.

Odnosnie zastrzeżenia wydruków, certyfikatów, deklaracji, testów itp. Odwołujący wskazali, że dokumenty te miały za zadanie potwierdzać spełnianie przez oferowaną dostawę wymagań określonych w s.i.w.z., a zatem wymagań, które są jawne i dostępne dla każdego z wykonawców. Wszystkie ww. dokumenty są dokumentami jawnymi, dostępnymi dla każdego zainteresowanego, co więcej odnośnie niektórych z nich sam Zamawiający zastrzegł, że mają pochodzić ze strony internetowej, a zatem również w ich przypadku nie jest spełniony warunek nieujawnienia do wiadomości publicznej. Przeciwnie, ww. dokumenty są tworzone właśnie po to, aby udostępniać je jak najszerszemu kręgowi potencjalnych nabywców, ich rolą jest bowiem upowszechnianie wiedzy na temat parametrów danego produktu poprzez potwierdzenie jego określonych pożądanymi właściwościami. Odwołujący wskazali, że zastrzeganie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zmierzać, tak jak w przypadku działania Konsorcjum GALAXY, jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców. Dla odwołujących wysoce zastanawiające jest, na jakiej podstawie faktycznej i prawnej dokonano w tym zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro informacje o parametrach i oferowanych produktach (a także dokumentach 'technicznych' dotyczących tych produktów) są dostępne w sieci dystrybucyjnej danego producenta czy choćby stronach internetowych poszczególnych producentów. Podtrzymywanie klauzuli tajemnicy w przedsiębiorstwa w zakresie tych dokumentów prowadziłyby do absurdu. Co więcej, Konsorcjum GALAXY na stronie 4b wyraźnie wskazało zaoferowany przez siebie sprzęt podając producenta i model. Jeśli więc ujawniono pozostałym wykonawcom nazwy zaoferowanego sprzętu to nie ma możliwości by utajnieniu podlegały dokumenty takie jak deklaracje czy testy, które dotyczą wskazanych przez Konsorcjum GALAXY dokumentów.

Ad. e) g) j) k) l) m)

Odwołujący podnieśli, że z największą jednak surowością należy ocenić zaniechanie odtajnienia oświadczeń producenta sprzętu, a więc firmy DELL. Skoro Konsorcjum GALAXY w treści swojej oferty ujawniło, jaki sprzęt oferuje, którego parametry techniczne są powszechnie znane, a treść oświadczeń producenta ma być zgodną z treścią s.i.w.z, to nie

ma jakiegokolwiek argumentu, który przemawiałby za zastrzeżeniem takich oświadczeń jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 października 2015 roku wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości, jako bezpodstawnego i nie znajdującego oparcia w zaistniałym stanie faktycznym.

Zamawiający wskazał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na:

1. jego przedwczesne wniesienie;
2. brak zmaterializowania się interesu odwołujących w uzyskaniużądanego rozstrzygnięcia.

Zamawiający podniósł, że jakkolwiek odwołujący mają co do zasady rację twierdząc, że to do zamawiającego należy decyzja o dokonaniu odtajnienia informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jednak odwołujący postawili zarzut zaniechania w tym zakresie przedwcześnie.

W treści ustawy P.z.p. zamawiający nie znajduje przepisu, który wskazywałby w którym momencie postępowania, zamawiający miałby dokonać czynności (o ile znalazłby ku temu podstawy) odtajnienia informacji zastrzeżonych. Ustawa P.z.p. określa wprawdzie, jakich czynności zamawiający ma dokonać na etapie oceny i badania ofert, jednak w żaden sposób nie określa kolejności ani terminów w jakich zamawiający ma dokonywać poszczególnych czynności. Tak też zamawiający stoi na stanowisku, że tak długo jak nie zakończył on etapu badania i oceny ofert, tak długo może dokonać czynności, której zaniechanie zarzucają odwołujący. Zakończeniem etapu oceny i badania ofert jest zawiadomienie wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, bowiem z chwilą otrzymania tego dokumentu wykonawcy, którzy złożyli oferty, dowiadują się jakie czynności zamawiający podjął w postępowaniu, jakich czynności zaniechał i w jaki sposób zbadał i ocenił oferty. Dopiero w chwili zakończenia oceny i badania ofert, odwołujący mogliby twierdzić, iż zamawiający zaniechał czynności odtajnienia informacji zawartych w ofercie wykonawcy- konsorcjum GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o., TA- Poland sp. z o.o. oraz QUMAK S.A.

Powyższe ma immanentne znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołanie wnosi się: w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (...). Zatem jeżeli odwołujący zarzucają zamawiającemu dokonanie zaniechania (tj. w rozumieniu ww. przepisu podjęcie czynności, wobec której przysługuje odwołanie), to powinni wskazać,

iż taka czynność w istocie miała już miejsce. Zaniechaniem jest powstrzymanie się od działania, które na podstawie określonej normy prawnej powinno było nastąpić. Jak wskazano wyżej, żadna norma prawna nie określa, w jakim momencie zamawiający miałby dokonać odtajnienia informacji zastrzeżonych. Oznacza to, że zamawiający nie dopuścił się zaniechania, które zarzucają mu odwołujący. O ewentualnym zaniechaniu zamawiającego w tym zakresie można by było mówić, dopiero gdyby do chwili przekazania odwołującemu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający nie dokonał tej czynności.

Zamawiający stoi na stanowisku, że skoro żadne przepisy nie nakładają na niego obowiązku dokonania badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w określonym terminie (oby tylko miało to miejsce w toku oceny i badania ofert), nie można twierdzić, iż zamawiający zaniechał tej czynności. Idąc dalej oznacza to, że niniejsze odwołanie zostało wniesione przedwcześnie, bowiem nie zmaterializowała się jeszcze podstawa do jego wniesienia. Zamawiający powołał się na stanowisko KIO, zawarte w wyroku z dnia 23 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2161/12)

W ocenie zamawiającego bez znaczenia pozostaje w omawianej sprawie fakt, że odwołujący wystąpił do zamawiającego (wnioskiem z dnia 22 września 2015 r.) o dokonanie odtajnienia zastrzeżonych informacji. Zamawiający nie jest taki wnioskiem związany, bowiem żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie może wpływać na działania i decyzje zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że jakkolwiek interes w uzyskaniu żądanego rozstrzygnięcia wskazany przez odwołujących jest co do zasady słuszny, to jednak w obecnej sprawie się jeszcze nie zmaterializował.

Przedstawiony przez odwołujących interes sprowadza się tak naprawdę do umożliwienia odwołującym weryfikacji oferty konkurenta i -jak to stwierdzono w odwołaniu - domagania się odrzucenia ofert bądź wykluczenia wykonawców z postępowania, co zwiększałoby szansę odwołujących na uzyskanie zamówienia. Zamawiający pragnie wskazać, że po pierwsze żaden z wykonawców na etapie oceny i badania ofert nie może domagać się wykluczenia innych wykonawców lub odrzucenia ich ofert - są to wyłączne uprawnienia zamawiającego. Co najwyżej w przypadku zaniechania przez zamawiającego dokonania wykluczenia danych wykonawców lub odrzucenia ich ofert, odwołujący mogliby formułować zarzuty kierowane do zamawiającego. Jednak, jak wskazano wyżej, na obecnym etapie trudno mówić jakoby miał jakikolwiek interes w uzyskaniu dostępu do zastrzeżonej części oferty Wykonawcy - konsorcjum GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o., TA-Poland sp. z o.o. oraz QUMAK S.A., poza uzyskaniem poufnych informacji tego wykonawcy. Zamawiający w tym zakresie przywołał wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r. (sygn. akt: KIO

2731/14), w którym KIO stwierdza, że wykonawca wnoszący odwołanie na brak odtajnienia czy też utrzymanie w mocy skuteczności zastrzeżenia dokumentów i treści opatrzonych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, na etapie badania i oceny ofert, przed ogłoszeniem informacji o wyniku postępowania, nie może wywołać, skutku w postaci uzyskania zamówienia i poniesienia szkody.

Zamawiający stwierdził, iż stoi na stanowisku, że odwołujący nie posiadają interesu we wniesieniu odwołania, a co za tym idzie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Bowiern zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Wykonawca "KONCEPT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, poparł stanowisko odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze, TA-Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Qumak Spółka Akcyjna w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 8 lipca 2015 roku.

W postępowaniu oferty złożyli m.in. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze, TA-Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Qumak Spółka Akcyjna w Warszawie (przystępujący). Wykonawcy zastrzegli część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa i złożyli wraz z oferta wyjaśnienia w zakresie dokonanego zastrzeżenia.

W dniu 18 września 2015 roku zamawiający przesłał odwołującym skan oferty przystępujących. Zamawiający nie przesłał odwołującym dokumentów zastrzeżonych przez przystępujących jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 22 września 2015 roku odwołujący skierowali do zamawiającego wniosek o ujawnienie zastrzeżonej części oferty przystępujących, z żądaniem ustosunkowania się do

niego dno dnia 24 września 2015 roku. Zamawiający do dnia wniesienia odwołania nie udzielił odwołującym odpowiedzi na złożony wniosek.

W dniu wniesienia odwołania postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było na etapie badania i oceny ofert.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą postępowania jest rozstrzygnięcie, czy nieujawnienie przez zamawiającego informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy zamawiający nie zakończył jeszcze badania i oceny ofert, w tym badania i oceny zgłoszonego zastrzeżenia, może być przedmiotem skutecznego odwołania.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Realizując zasadę jawności postępowania, ustawodawca w art. 96 ust. 3 zd. drugie ustawy P.z.p. nałożył na zamawiającego obowiązek udostępnienia ofert złożonych w postępowaniu od chwili ich otwarcia.

Jednocześnie wskazać należy, że zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., 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, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- 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.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Wskazany w art. 8 ust. 3 zd. drugie ustawy P.z.p. obowiązek wykazania przez wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, może i powinien być przedmiotem badania przez zamawiającego. Powyższe w pełni podzielił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), stwierdzając, że „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.”

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że ustawa P.z.p. nie przewiduje dla zamawiającego żadnego terminu, w którym winien on dokonać oceny zasadności dokonanego zastrzeżenia. Chronologia czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pozwala stwierdzić, iż badanie takie winno zakończyć się przed wyborem najkorzystniejszej oferty lub – ewentualnie – unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający może, w celu dokonania badania, wzywać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, do czego uprawnia go art. 87 ust. 1 zd. pierwsze ustawy P.z.p. Wzywając do złożenia wyjaśnień zamawiający sam ustala termin i częstotliwość ich składania i nie jest w tym zakresie ograniczony żadnymi przepisami ustawy.

Wskazać należy, iż przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w momencie, w którym zamawiający dokonywał jeszcze badania i oceny ofert. Tym samym odwołanie należy uznać za wniesione przedwcześnie. Dopóki zamawiający ma otwarty termin na dokonanie jakiegokolwiek czynności, nie można mu skutecznie zarzucić, iż dokonania tej czynności zaniechał.

W ocenie Izby bez znaczenia jest w tej sytuacji okoliczność, iż odwołujący zwrócili się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie utajnionej części oferty przystępującego Galaxy i wyznaczyli mu termin na dokonanie żądanej czynności. Podkreślenia wymaga, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie są uprawnieni do wyznaczania zamawiającemu jakichkolwiek terminów na dokonanie określonych czynności. Zamawiający w tym zakresie związany jest jedynie przepisami ustawy. Tym samym, niedochowanie przez zamawiającego terminów wyznaczonych przez wykonawcę, nie może rodzić jakichkolwiek skutków dla uczestników postępowania i nie może stanowić o rozpoczęciu biegu terminu do wnoszenia przewidzianych ustawą środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 182 ust. 1, odwołanie wnosi się:

- 1) w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 (faksem lub drogą elektroniczną), albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- 2) w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 (faksem lub drogą elektroniczną), albo w terminie 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Zgodnie z art. 182 ust. 3, odwołanie wobec czynności innych, niż wskazane w art. 182 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p., wnosi się:

- 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia;
- 2) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Wskazane wyżej przepisy określają zdarzenie, od którego rozpoczyna bieg terminu do wniesienia środka odwoławczego. W rozpoznawanej sprawie zdarzenie takie jeszcze nie nastąpiło, co uzasadnia konstatację o przedwczesnym wniesieniu odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....