

Sygn. akt: KIO 1072/11

**WYROK**  
**z dnia 7 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2011 r. przez wykonawcę **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ENTE Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy **ISA Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- C. wykonawcy **INTERGRAPH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- D. wykonawcy **NetLine Group Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- E. wykonawcy **SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sygnity S.A.** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Sygnity S.A.** na rzecz **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach** 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;
- 2.3. zasądza od **Sygnity S.A.** na rzecz **Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji** 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Projektów Informatycznych MSWiA – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego (w celu zawarcia umowy ramowej) postępowanie na *Budowę i wdrożenie ogólnokrajowego Systemu Wspomagania Dowodzenia Państwowego Ratownictwa Medycznego (SWD PRM)*.

W dniu 23 maja 2011 r. wykonawca WASKO S. A. wniósł odwołanie wobec zaniechania czynności odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów zastrzeżonych przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 i art. 96 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający udostępnił mu złożone w postępowaniu oferty 12 maja 2011 r., przesyłając ich kopie drogą elektroniczną, wskazując, że przekazuje kopie ofert bez informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że wykonawcy: Asseco Poland S.A., COMP S.A., INTERGRAPH POLSKA sp. z o.o., NetLine Group Sp. z o.o., ZETO-RZESZÓW Sp. z o.o., COMBIDATA POLAND Sp. z o.o., wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., NOVITUS S.A. oraz Sygnity S.A., zastrzegli w swoich ofertach jako tajemnicę przedsiębiorstwa żądany przez Zamawiającego w SIWZ wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku określonego w pkt. 6.1.1 SIWZ, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (wykaz należało sporządzić zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ) oraz dokumenty potwierdzające, że wymagane dostawy ujęte w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Ponadto wykonawcy: Asseco Poland S.A., COMP S. A., INTERGRAPH POLSKA sp. z o.o., NetLine Group Sp. z o.o., ZETO-RZESZÓW Sp. z o.o. zastrzegli w swoich ofertach jako tajemnicę przedsiębiorstwa pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie inne dokumenty, za pomocą których wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia).

Natomiast wykonawcy: Asseco Poland S.A. oraz NetLine Group Sp. z o.o. zastrzegli w swoich ofertach jako tajemnicę przedsiębiorstwa formularz cenowy.

W ocenie Odwołującego treść ww. dokumentów nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym ich zastrzeżenie przez ww. wykonawców było i jest bezpodstawne.

Odwołujący wskazał, że 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, a jeden z takich przypadków wskazany został w ust. 3 przywołanego wyżej przepisu, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Odwołujący podniósł, że wskazane w odwołaniu dokumenty nie mają cech tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w definicji z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którą 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. Wobec powyższego Zamawiający – zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego (wyrok z 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05) – winien je odtajnić, czego nie uczynił.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym można zastrzec wyjątkowo informacje dotyczące zamówień realizowanych na rzecz podmiotów prywatnych, wskazując, że dostawy wykazane w dokumentach objętych odwołaniem były realizowane na rzecz podmiotów publicznych. Zdaniem odwołującego świadczy o tym zakres przedmiotowy wymaganych dostaw (obsługa zgłoszeń telefonicznych na numery alarmowe podmiotów ratowniczych lub podmiotów odpowiedzialnych za zapewnienie porządku publicznego i bezpieczeństwa, wizualizacja na mapach cyfrowych systemów informacji przestrzennej GIS lokalizacji mobilnych urządzeń do pozycjonowania satelitarnego GPS, integracja z systemami teleinformatycznymi komunikacji głosowej, narzędzia informatyczne wspierające użytkowników w dysponowaniu zespołami/patrolami lub pojazdami w zakresie obsługi zdarzeń), ponieważ nie istnieją prywatne podmioty ratownicze ani prywatne podmioty odpowiedzialne za zapewnienie porządku publicznego i bezpieczeństwa. Zdaniem Odwołującego można z dużym prawdopodobieństwem przypuszczać, że dostawy wykazane przez ww. wykonawców zostały zamówione z zachowaniem przepisów o zamówieniach publicznych, a zatem informacje na ich temat są

jawne, zarówno w Unii Europejskiej jak i w większości państw świata. Powyższe potwierdzają m.in. informacje zawarte w jawnej (niezastrzeżonej) części oferty Konsorcjum ENIGMA. Konsorcjum ENIGMA zamieściło tam m.in. zobowiązanie firmy ABAKUS Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Można zatem z dużą dozą prawdopodobieństwa przypuszczać, że Konsorcjum ENIGMA w złożonym wykazie dostaw opisało doświadczenie właśnie firmy ABAKUS Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o. Tymczasem informacja na temat doświadczenia firmy ABAKUS Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o. jest jawna w innych ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu, m.in. w ofercie wykonawcy Consortia Sp. z o.o. oraz w ofercie Konsorcjum firm: TECHELON Sp. z o.o., Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o., jPalio S.A. W ww. ofertach wykaz dostaw nie został zastrzeżony, a opisano w nim doświadczenie właśnie firmy ABAKUS Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o., gdyż firma ta swoją wiedzę i doświadczenie udostępniła również ww. wykonawcom. Z tych względów zarówno wykaz wykonanych/wykonywanych dostaw jak również dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie/wykonywanie winny zostać odtajnione.

Odwołujący podkreślił, że pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie zastrzegli w swoich ofertach ani wykazu wykonanych/wykonywanych dostaw, ani dokumentów potwierdzające ich należyte wykonanie/wykonywanie. Z informacji zawartych w ww. niezastrzeżonych wykazach wynika, że wszystkie dostawy, na jakie powołali się pozostali wykonawcy, zostały wykonane na rzecz podmiotów publicznych, a nie prywatnych.

Odwołujący stwierdził, że informacje na temat zamówień publicznych, w tym umowa w sprawie zamówienia publicznego, są jawne. Nie sposób uznać zatem, że informacje na temat wiedzy i doświadczenia firmy ABAKUS Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o. nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Co więcej, Odwołujący mógł i nadal może bez trudu zapoznać się z ww. informacjami i dowiedzieć się z nich m.in. kto zrealizował przedmiotową dostawę, kto był jej odbiorcą, co było przedmiotem dostawy, kiedy dostawa została ukończona i ile wyniosła jej wartość. Są to zatem te informacje, które miały zostać podane w wykazie wykonanych/wykonywanych dostaw i które Konsorcjum ENIGMA bezpodstawnie zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacji tych nie sposób uznać za nieujawnione do wiadomości publicznej, skoro Odwołujący mógł i nadal może zapoznać się z nimi bez trudu i w sposób dozwolony prawem.

Odwołujący podniósł, że bezpodstawne było zastrzeżenie w ofertach złożonych przez wykonawców: Asseco, COMP, INTERGRAPH, NetLine oraz ZETO pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie innych dokumentów, za pomocą których wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami

niezbędnymi do realizacji zamówienia). Ww. dokumenty nie zawierają – zdaniem Odwołującego – żadnych informacji, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wyłącznym celem złożenia ww. dokumentów jest udowodnienie Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Co więcej, skoro bezpodstawne było zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu wykonanych/wykonywanych dostaw oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie/wykonywanie, to nie sposób respektować zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, które opisane zostały w ww. wykazie i dokumentach. Zobowiązania zawierać będą co najwyżej te same informacje na temat dostaw, co bezprawnie zastrzeżone wykazy, a dodatkowo wskazywać kto komu udostępnia wiedzę i doświadczenie, czego również nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstw.

Ponadto, zastrzeżenie w ofertach złożonych przez Asseco i NetLine formularza cenowego, należy uznać – zdaniem Odwołującego – za bezpodstawne i sprzeczne z obowiązującymi przepisami, które zabraniają zastrzegać w ofercie informacji dotyczących ceny (art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 86 ust. 4 ustawy). Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ (pkt 14, ppkt 14.2) „cenę oferty należy wyliczyć posługując się Formularzem cenowym (załącznik nr 3 do SIWZ). Wyliczenia z Formularza cenowego należy przenieść do odpowiednich pól Formularza «OFERTA» (załącznik nr 2 do SIWZ).” Nie ma zdaniem Odwołującego żadnych wątpliwości, że zastrzeżony formularz cenowy zawiera tylko i wyłącznie informacje na temat ceny, a informacji tych nie można zastrzegać. Co więcej, ponieważ kształt i treść formularza cenowego zostały narzucone przez Zamawiającego w załączniku nr 3 do SIWZ oraz „wyliczenia z Formularza cenowego należy przenieść do odpowiednich pól Formularza «OFERTA» (załącznik nr 2 do SIWZ)”, a ten formularz nie został zastrzeżony ani przez wykonawcę Asseco, ani przez wykonawcę NetLine, to nie sposób uznać, że informacje zawarte w formularzu cenowy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Ponadto, w ocenie Odwołującego, formularz cenowy nie zawiera żadnych informacji, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą.

Odwołujący podniósł, że faktycznym powodem zastrzeżenia dokumentów nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym Odwołującemu, weryfikacji ich ofert pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu i zgodności ich treści z SIWZ.

Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z 1 sierpnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 745/08), zgodnie z którym Zamawiający, w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, a ponieważ zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zrobili to w sposób uprawniony (podobny pogląd w wyrokach: z 27 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1110/08, oraz z 29 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1455/08).

Zdaniem Odwołującego, zaniechanie zweryfikowania podstaw zastrzeżenia przez dokumentów zostało dokonane przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp i stanowiło rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

W ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu niżej wymienieni wykonawcy dokonali zastrzeżenia następujących informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa:

- a) wykaz wykonanych/wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku określonego w pkt. 6.1.1 SIWZ, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzających ich należyte wykonanie, że wymagane dostawy ujęte w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie oraz: Asseco Poland S.A., COMP S. A., INTERGRAPH Polska Sp. z o.o., NetLine Group Sp. z o.o., ZETO – Rzeszów Sp. z o.o., COMBIDATA Poland Sp. z o.o., wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i NOVITUS S.A., Sygnity S.A.;
- b) pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (lub inne dokumenty, za pomocą których wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia): Asseco Poland S.A., COMP S. A., INTERGRAPH Polska Sp. z o.o., NetLine Group Sp. z o.o., ZETO – Rzeszów Sp. z o.o.

- c) formularz cenowy – wypełniony zgodnie ze wzorem załącznika nr 3 do SIWZ: Asseco, NetLine.

W dniu 29 kwietnia 2011 r. (tj. w dniu otwarcia ofert) Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie do wglądu ofert złożonych w niniejszym postępowaniu oraz o wyrażenie zgody na skopiowanie niezastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofertach. Pismem z 12 maja 2011 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu kopie ofert złożonych w postępowaniu oraz poinformował, że załączone dokumenty nie zawierają materiałów oznaczonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Po wniesieniu odwołania Zamawiający dokonał oceny dopuszczalności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. informacji. W dniu 31 maja 2011 r. Zamawiający skierował do wykonawców pisma informujące, że zamierza ujawnić następujące dokumenty:

- Asseco Poland S.A. – str. 7-9, 49-52 oraz 87-88 oferty (formularz cenowy, wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, zobowiązanie do udostępnienia zasobów),
- COMP S. A. – str. 8-10 oferty (wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, zobowiązanie do udostępnienia zasobów),
- INTERGRAPH Polska Sp. z o.o. – str. 11-16 oraz 55-56 oferty (wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, zobowiązanie do udostępnienia zasobów),
- NetLine Group Sp. z o.o. – str. 24 oraz 33-37 oferty (formularz cenowy, wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, zobowiązanie do udostępnienia zasobów),
- ZETO – Rzeszów Sp. z o.o. – str. 11-14 oferty (wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, zobowiązanie do udostępnienia zasobów),
- COMBIDATA Poland Sp. z o.o. – str. 6-8 oferty (wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie),
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i NOVITUS S.A. – str. 8-10 oferty (wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie),
- Sygnity S.A. – str. 15-20 oferty (wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie).



Zamawiający wezwał wykonawców, aby w przypadku akceptacji tej decyzji przestali oświadczenie, że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i mogą być udostępniane.

W odpowiedzi na powyższe pismo wykonawcy zajęli następujące stanowiska:

- Asseco Poland S.A. – zgoda na odtajnienie stron 49-52 (wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie), brak zgody na odtajnienie stron 87-88 oferty (formularz cenowy, zobowiązanie do udostępnienia zasobów),
- COMP S. A. – zgoda na odtajnienie wskazanych przez Zamawiającego stron oferty,
- INTERGRAPH Polska Sp. z o.o. – brak zgody,
- NetLine Group Sp. z o.o. – brak zgody,
- ZETO – Rzeszów Sp. z o.o. – zgoda na odtajnienie wskazanych przez Zamawiającego stron oferty,
- COMBIDATA Poland Sp. z o.o. – zgoda na odtajnienie wskazanych przez Zamawiającego stron oferty,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i NOVITUS S.A. – zgoda na odtajnienie wskazanych przez Zamawiającego stron oferty,
- Sygnity S.A. – brak zgody.

Zamawiający na rozprawie oświadczył, że swoją decyzję o odtajnieniu dokumentów traktował jako ostateczną i niezależną od stanowiska wykonawców wyrażonego w odpowiedzi na pismo z 31 maja 2011 r.

Odwołujący przed otwarciem rozprawy oświadczył, iż wycofuje zarzuty dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach COMP S. A. oraz konsorcjum: ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i NOVITUS S.A., ze względu na wyrażenie przez tych wykonawców zgody na odtajnienie informacji objętych odwołaniem. Zamawiający natomiast złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawione w odwołaniu, a przystępujący Sygnity S.A. zgłosił sprzeciw wobec tego uwzględnienia.

***Izba zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia,

a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego Sygnity S.A. o odrzucenie odwołania ze względu na niezachowanie terminu na jego wniesienie. Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że termin na wniesienie odwołania winien być liczony od dnia otwarcia ofert. Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania liczony jest od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Informację tę Odwołujący otrzymał w dniu 12 maja 2011 r., dokładając jednocześnie należytej staranności w celu jak najwcześniejszego jej pozyskania, poprzez złożenie wniosku o udostępnienie treści ofert już w dniu ich otwarcia.

W związku z wycofaniem przez Odwołującego zarzutów dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach COMP S. A. oraz konsorcjum: ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i NOVITUS S.A., Izba nie rozpoznała tych zarzutów, uznając, że postępowanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe. Z tego powodu Izba nie dopuściła ww. wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – wycofanie zarzutów w odniesieniu do tych wykonawców spowodowało utratę interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpili.

Na dzień przeprowadzenia rozprawy nie istniał również spór co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców: ZETO – Rzeszów Sp. z o.o. oraz COMBIDATA Poland Sp. z o.o., którzy wyrazili zgodę na odtajnienie dokumentów objętych odwołaniem. Brak takiej zgody miał miejsce w przypadku wykonawców: Sygnity S.A., NetLine Group Sp. z o.o., INTERGRAPH Polska Sp. z o.o. oraz częściowo Asseco Poland S.A.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że właściwym działaniem Zamawiającego było dokonanie oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych ofertach, z tym że do takiej czynności Zamawiający winien przystąpić bez zbędnej zwłoki bezpośrednio po otwarciu ofert. Zgodnie bowiem z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (III CZP 74/05), badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, konsekwencją nieprawidłowego zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które jej nie stanowią, będzie ich ujawnienie przez zamawiającego.

Wskazać również należy, że ewentualne wątpliwości w toku badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający ma możliwość wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

*Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 338/09, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.*

Ponieważ zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oferty są jawne od dnia ich otwarcia, bezpośrednio po otwarciu ofert wykonawcom przysługuje prawo wglądu do złożonych ofert. Z tego powodu Zamawiający powinien niezwłocznie przystąpić do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i od wyników tej oceny uzależnić zakres udostępnionych innym wykonawcom dokumentów ofertowych.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający, w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie ofert, bez dokonania oceny powyższej kwestii odmówił udostępnienia dokumentów zastrzeżonych przez wykonawców. Ustalony stan faktyczny wskazuje, że dopiero po wniesieniu odwołania Zamawiający przystąpił do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a między otwarciem ofert a poinformowaniem wykonawców o wynikach tej weryfikacji upłynął okres ponad miesiąca. Zdaniem Izby czynność ta podjęta została z opóźnieniem, a w dacie wniesienia odwołania zarzut niedokonania oceny przedmiotowej kwestii był w pełni zasadny. Niemniej jednak słuszną decyzją Zamawiającego było naprawienie swojego zaniechania i dokonanie – po wniesieniu odwołania – oceny skuteczności zastrzeżenia dokumentów.

W tych okolicznościach w toku postępowania należało ustalić, czy decyzja Zamawiającego o braku skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców w zakresie objętym odwołaniem była prawidłowa.

Mimo że czterech wykonawców nie wyraziło zgody na odtajnienie dokumentów (a trzech z nich przystąpiło do postępowania odwoławczego), to ostatecznie decyzję tę zakwestionował tylko wykonawca Sygnity S.A., który jako jedyny zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

W ocenie Izby dokonane przez ww. wykonawcę zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu dostaw i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie nie było prawidłowe.

Zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest objęte swobodnym uznaniem wykonawcy i musi znajdować oparcie w przepisach ustawy

z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), która w art. 11 ust. 4 stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Na gruncie powyższego przepisu Sąd Najwyższy w wyroku z 3 października 2000 r. (I CKN 304/00) stanął na stanowisku, że za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Z kolei w wyroku z 5 września 2001 r. (I CKN 1159/00) Sąd Najwyższy stwierdził, że na podstawie art. 11 ust. 4 nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze.

W świetle powyższego należy przyjąć, że wykonawca nie ma dowolności w oznaczaniu składanych w ofertach dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Stanowczo nie można zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego, że zastrzec jako tę tajemnicę można wszystkie informacje, które nie są zakazane przez ustawę. Zastrzeżenie takie możliwe jest jedynie przy spełnieniu ustawowych przesłanek, niewystarczający jest brak wyraźnego ustawowego zakazu zastrzeżenia określonych informacji.

W związku z powyższym dla skuteczności wyłączenia jawności informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest wykazanie zasadności takiego zastrzeżenia, a obowiązek wykazania, że informacje, na których ujawnienie nie wyraził zgody spełniają wszystkie ustawowe przesłanki, obciąża wykonawcę. Zdaniem Izby Przystępujący Sygnity S.A. nie wykazał tego ani w piśmie skierowanym do Zamawiającego, ani na rozprawie.

Zastrzeżone przez tego wykonawcę dokumenty dotyczyły dostawy przedstawionej na dowód spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (wykaz oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw). Przystępujący nie wskazał żadnych przekonujących argumentów potwierdzających prawidłowość zastrzeżenia tych informacji. Za argument taki nie można uznać twierdzenia wykonawcy, że zastrzeżone informacje mają dla niego wartość handlową. Ponadto Przystępujący zaprzeczał jedynie, że informacje te są dostępne szerszemu kręgowi odbiorców, natomiast nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, że są one chronione przez podmiot, który przedmiotową dostawę wykonał oraz przez odbiorcę tej dostawy.

Dodatkowo Przystępujący nie wykazał, że dostawa ta nie jest w kraju podmiotu, który swoje doświadczenie mu udostępnił, objętym jawnością zamówieniem publicznym. Przyznał, że zrealizowana została na rzecz podmiotu publicznego, nie ma jednak wiedzy, czy została ona udzielona i realizowana w trybie zamówień publicznych. Tymczasem to właśnie Przystępujący powinien wykazać skuteczność dokonanego zastrzeżenia. Przyznany natomiast przez niego fakt realizacji dostawy na rzecz podmiotu publicznego czyni prawdopodobnym, że miała ona charakter zamówienia publicznego. Kwestia, czy przedmiotowa dostawa realizowana była w trybie zamówień publicznych ma zasadnicze znaczenie dla oceny dopuszczalności zastrzeżenia dotyczących jej informacji, przesądza bowiem o powszechnym dostępie do wiadomości na jej temat. Trudno bowiem zakładać, że fakt realizacji zamówienia publicznego został objęty poufnością (z pewnością Przystępujący tego nie udowodnił). Natomiast informacja możliwa do pozyskania przez zainteresowany podmiot w zwykły sposób nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z tych samych powodów nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez pozostałych wykonawców, którzy nie wykazali zasadności zastrzeżenia w odpowiedziach na pisma Zamawiającego z 31 maja 2011 r., a następnie albo nie przystąpili do postępowania odwoławczego w celu obrony swojego stanowiska (Asseco Poland S.A.), albo nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba ustaliła, że dostawy objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez Asseco Poland S.A., Intergraph Polska Sp. z o.o. i NetLine Group Sp. z o.o. zostały zrealizowane na rzecz podmiotów publicznych, a wykonawcy ci nie uprawdopodobnili nawet, że nie były jawnymi kontraktami i są zachowane w poufności zarówno przez podmioty, które je zrealizowały, jak i odbiorców tych dostaw. Nie wykazali również na czym polega wartość handlowa tych informacji. Argumentację przedstawioną w odpowiedzi na pismo Zamawiającego przez Asseco Poland S.A. i Intergraph Polska Sp. z o.o. (wskazującą na zastrzeżone informacje jako źródło wiedzy o wykonawcach i podmiotach z nimi współpracujących) Izba uznała za niewystarczającą dla potwierdzenia zasadności ograniczenia jawności oferty. Natomiast wykonawca Netline Group Sp. z o.o. w odpowiedzi na pismo Zamawiającego nie przedstawił żadnego uzasadnienia swojego stanowiska, ograniczając się do stwierdzenia, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być ujawniane.

Nie można również uznać za uzasadnione zastrzeżenie formularza cenowego przez Asseco Poland S.A. i NetLine Group Sp. z o.o. Wykonawcy Ci nie wykazali, jaką wartość handlową przedstawia zestawienie jednostkowych cen urządzeń i usług składających się na przedmiot zamówienia, a stwierdzenie przez Asseco Poland S.A., że ich ujawnienie może

prowadzić do poznania polityki cenowej wykonawcy przez konkurencyjne podmioty, nie stanowi wystarczającego uzasadnienia.

Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wobec faktu, że Zamawiający przed zakończeniem postępowania dokonał zaniechanej weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia informacji w zakresie objętym odwołaniem i uznał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie za bezskuteczne, Izba uwzględniając odwołanie nie nakazała Zamawiającemu wykonania czynności związanych z badaniem tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniem ofert, czynności te bowiem zostały już de facto wykonane. Niniejszy wyrok uwzględniający odwołanie wynika z faktu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, mogącego mieć wpływ na wynik postępowania, a jednocześnie stanowi potwierdzenie – na wypadek ewentualnego dalszego sporu co do możliwości ujawnienia zastrzeżonych w ofertach dokumentów – że czynności podjętych przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania były prawidłowe i powinny pozostać w mocy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2b 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).

Kosztami postępowania Izba obciążyła Przystępującego, na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2 przywołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, zgodnie z którym, w przypadku uwzględnienia odwołania, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 (w tym koszty wynagrodzenia pełnomocnika) na rzecz odwołującego lub zamawiającego.

Ponieważ wniosek o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika złożył zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający, Izba uznała, że powyższy przepis § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia daje podstawę zasądzenia tych kosztów na rzecz obydwu stron postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....