

Sygn. akt: KIO 2159/20

WYROK
z dnia 30 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez **SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez **Polregio Sp. z o.o., ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa**

przy udziale:

- A. **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. **Xerox Polska Sp. z o. o., ul. Łopuszańska 95, 02-457 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie powtórnego badania i oceny ofert i nakazuje odtajnienie i udostępnienie oferty Xerox Polska Sp. z o.o. w zakresie informacji o oferowanych urządzeniach i oprogramowaniu, zawartych w Załączniku nr 1.1. oraz uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonej z ofertą Xerox.**

2. kosztami postępowania obciąża **Polregio Sp. z o.o., ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Polregio Sp. z o.o., ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa** na rzecz **SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 - Polregio sp. z o.o. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dzierżawę wielofunkcyjnych urządzeń drukujących wraz z usługą druku podążającego i obsługą serwisową. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 maja 2020r. pod nr 2020/S 101-244814.

W dniu 31.08.2020r. Odwołujący – Suntar sp. z o.o. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając naruszenie:

- a. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu całej oferty Xerox, w szczególności części obejmującej oświadczenie woli wykonawcy złożone zgodnie ze wzorem wynikającym z załącznika nr 1.1. do SIWZ - tj. w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania;
- b. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonej wraz z ofertą Xerox;

ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu opisanego pod lit. a) oraz b)

- c. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całej oferty Xerox, w szczególności części obejmującej oświadczenie woli wykonawcy złożone zgodnie ze wzorem wynikającym z załącznika nr 1.1. do SIWZ - tj. w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania;

ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu opisanego pod lit. a), b) i c)

- d. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Xerox, którego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

- a. unieważnienia wyboru oferty Xerox jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- b. dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym: udostępnienia Odwołującemu całej oferty Xerox, w szczególności część obejmującą oświadczenie woli

wykonawcy złożone zgodnie ze wzorem wynikającym z załącznika nr 1.1. do SIWZ - tj. w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania;

- c. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wraz z ofertą Xerox;

ewentualnie

- d. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całej oferty Xerox, w szczególności części obejmującej oświadczenie woli wykonawcy złożone zgodnie ze wzorem wynikającym z załącznika nr 1.1. do SIWZ - tj. w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania;

ewentualnie

- e. odrzucenia oferty Xerox z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że przepisy ustawy Pzp dopuszczają zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie przez wykonawcę. Zamawiający nie jest uprawniony do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji. Zapisy SIWZ niezajdujące podstawy prawnej tj. zapisy w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiającego, wprost sprzeczne z obowiązującymi przepisami należy uznać za nieważne. Zapisy te są sprzeczne z ustawą Pzp oraz ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponadto zmierzają do obejścia wskazanych ustaw.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający zaniechał udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Xerox, w związku z czym Odwołujący nie ma możliwości ustosunkowania się do treści takiego uzasadnienia, które nie może samo w sobie być objęte tajemnicą. Dopiero uwzględnienie odwołania w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pozwoli Odwołującemu na podniesienie zarzutu zaniechania udostępnienia załącznika do oferty w postaci oferowanych urządzeń i oprogramowania. Odwołujący podniósł, że Xerox nie wykazał, że informacje zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł, że Zamawiający winien udostępnić część oferty obejmującą oświadczenie woli wykonawcy złożone zgodnie ze wzorem wynikającym z załącznika nr 1.1 do SIWZ tj. w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania. W toku prowadzonego postępowania wykonawca Xerox nie wykazał spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkować winno odtajnieniem i udostępnieniem Odwołującemu informacji w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania.

W dalszej części, w zakresie zarzutu ewentualnego, podniesionego na wypadek nie uwzględnienia przez Izbę zarzutu zaniechania odtajnienia oferty Xerox, dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Xerox, którego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ, Odwołujący wskazał na następujące nieprawidłowości:

- wykonawca Xerox zaoferował rozwiązanie YSoft - Safeq do realizacji zadań wydruku podążającego oraz jedno z trzech możliwych rozwiązań, którego jest producentem, XDA (Xerox Device Agent), XDM (Xerox Device Manager), lub CWW (Centre Ware Web) do realizacji funkcjonalności diagnostycznych i serwisowych, które to rozwiązanie nie spełnia wymagania w zakresie wysokiej dostępności - wymaganie SIWZ (OPZ): 3.1.1.4 System Wydruku musi być zbudowany w oparciu o rozwiązania wysokiej dostępności i pozbawiony pojedynczego punktu awarii (np. awaria jednego z serwerów nie uniemożliwia działania całego systemu).

- wykonawca Xerox zaoferował jedno z trzech możliwych rozwiązań, którego jest producentem, XDA (Xerox Device Agent), XDM (Xerox Device Manager), lub CWW (CentreWare Web). W ocenie Odwołującego żadne z powyższych rozwiązań nie spełnia postawionego przez Zamawiającego wymagania w pkt 3.1.1.2 OPZ „System Wydruku (część zbierająca statystyki) będzie zainstalowany w postaci maszyny wirtualnej umieszczonej w Data Center Zamawiającego”, bowiem część zbierająca statystyki nie jest zainstalowana w postaci maszyny wirtualnej w Data Center Zamawiającego, a w chmurze poza Data Center.

- wykonawca Xerox zaoferował jedno z trzech możliwych rozwiązań, którego jest producentem, XDA (Xerox Device Agent), XDM (Xerox Device Manager), lub CWW (CentreWare Web). W ocenie Odwołującego żadne z powyższych rozwiązań nie spełnia postawionego przez Zamawiającego wymagania z pkt 3.1.1.3 OPZ System Wydruku będzie pracował w sieci LAN/WAN, bowiem każde z powyższych rozwiązań wymaga komunikacji z chmurą producenta, która znajduje się po za siecią LAN/WAN Zamawiającego.

- wykonawca Xerox zaoferował jedno z trzech możliwych rozwiązań, którego jest producentem, XDA (Xerox Device Agent), XDM (Xerox Device Manager), lub CWW (CentreWare Web). W ocenie Odwołującego żadne z powyższych rozwiązań nie spełnia postawionego przez Zamawiającego wymagania bowiem nie ma możliwości realizowania funkcjonalności określonej przez Zamawiającego w pkt. 3.1.2.3.4 SIWZ (OPZ) 3.1.2.3.4 „Automatyczne generowanie informacji o zaistniałym incydencie związanym z danym urządzeniem/systemem oraz przekazywanie o nim informacji do administratora systemu zarówno po stronie Zamawiającego jak i Wykonawcy (np. drogą mailową - w tym przypadku System Wydruku powinien mieć wbudowanego klienta pocztowego umożliwiającego wysyłanie wiadomości e-mail przy wykorzystaniu serwera smtp zamawiającego.)”.

Oferowane rozwiązanie nie ma wbudowanego klienta pocztowego względnie nie ma możliwości wykorzystania serwera SMTP Zamawiającego.

- wykonawca Xerox zaoferował jedno z trzech możliwych rozwiązań, którego jest producentem, XDA (Xerox Device Agent), XDM (Xerox Device Manager), lub CWW (CentreWare Web), które nie spełniają wymagania określonego przez Zamawiającego w punkcie 3.1.2.6.11 „System powinien posiadać dostęp poprzez API”. Zamawiający w treści SIWZ (OPZ) w pkt. 3.1.2 dla realizacji zadań przewidzianych dla systemu wydruku dopuszcza możliwości zaoferowania więcej niż jednej aplikacji. W ocenie Odwołującego wskazane zapisy należy rozumieć w ten sposób, że w przypadku zaoferowania wielu systemów (aplikacji), każdy z nich powinien spełniać wymóg dostępu poprzez API. Żaden z aktualnie dostępnych systemów Xerox tj. XDA (Xerox Device Agent), XDM (Xerox Device Manager), lub CWW (CentreWare Web), nie ma dostępności za pomocą API.

- wykonawca Xerox zaoferował jedno z trzech możliwych rozwiązań, którego jest producentem, XDA (Xerox Device Agent), XDM (Xerox Device Manager), lub CWW (CentreWare Web). W ocenie odwołującego żadne z powyższych rozwiązań nie spełnia postawionego przez Zamawiającego wymagania w pkt 3.1.2.5.4 Eksportowanie raportów do formatów CSV i PDF, bowiem nie posiada funkcjonalności umożliwiającej eksportowanie raportów do formatu PDF.

Zamawiający w treści SIWZ (OPZ) w pkt. 3.1.2 dla realizacji zadań przewidzianych dla systemu wydruku dopuszcza możliwości zaoferowania więcej niż jednej aplikacji. W ocenie Odwołującego wskazane zapisy należy rozumieć w ten sposób, że w przypadku zaoferowania wielu systemów (aplikacji), każdy z nich powinien posiadać możliwość eksportowania raportów do formatów CSV i PDF. Żaden z aktualnie dostępnych systemów Xerox tj. XDA (Xerox Device Agent), XDM (Xerox Device Manager), lub CWW (CentreWare Web), nie ma takiej funkcjonalności.

- zdaniem Odwołującego wykonawca mógł zaoferować jedynie 2 urządzenia A4 mono, które spełniają większość wymagań SIWZ postawione dla maszyn - Drukarka TYP D, w tym wymóg możliwości instalacji finishera i są to maszyny: XEROX Versalink B605V/XL i XEROX Versalink B615V/XL. Wykonawca mógł zaoferować jedną z dwóch wskazanych maszyn, przy czym obie nie spełniają wymagań technicznych w zakresie określonym w pkt 4.1.8 OPZ dotyczącym możliwości umieszczenia loga Zamawiającego na ekranie dotykowym zablokowanego urządzenia. Obie maszyny nie pozwalają na umieszczenie loga Zamawiającego na ekranie dotykowym zablokowanego urządzenia. Przedmiotowa funkcjonalność nie jest dostępna dla maszyn XEROX z serii YERSALINK.

Przystępujący po stronie Odwołującego wykonawca, popierał jego stanowisko i wnosił o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28.09.2020r., wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całej oferty Xerox, w szczególności obejmującej oświadczenie woli wykonawcy złożone na załączniku 1.1. do SIWZ tj. w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania, względnie oddalenie odwołania w całości. Wyjaśnił, że oznaczenie klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” informacji o modelach drukarek zaoferowanych oraz oprogramowania wynika z potrzeby podniesienia poziomu bezpieczeństwa systemów informatycznych spółki. Zainstalowane drukarki są drukarkami sieciowymi, wpiętymi do firmowej sieci informatycznej, rozlokowane w biurach całej Polski i wraz z dedykowanym oprogramowaniem stanowią kompletny System Wydruku zintegrowany z innymi systemami informatycznymi. Liczne podatności związane z bezpieczeństwem, umożliwiające zdalne nieuprawnione działania na tym sprzęcie są powiązane z konkretnymi modelami drukarek, a więc pozyskanie wiedzy na temat konkretnych modeli drukarek, istotnie ułatwia potencjalnemu atakującemu podjęcie działań umożliwiających włamanie do zasobów informatycznych spółki. Publiczne ujawnienie informacji o modelach oferowanych drukarek, istotnie obniża bezpieczeństwo zasobów informatycznych. Drukarki znajdują się na terenie chronionym z ograniczonym dostępem dla osób postronnych co uniemożliwia uzyskanie wiedzy o ich typach/ modelach. Zamawiający odwołał się do regulacji wewnętrznych tj.

1. postanowień Uchwały nr 167/2020 Zarządu Polregio sp. z o.o. z dnia 12 maja 2020r. w sprawie przyjęcia Regulaminu udostępniania danych i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w Polregio sp. z o.o.,
2. postanowień Uchwały nr 244/2018 Zarządu Przewozy Regionalne sp. z o.o. z dnia 22 maja 2018r. w sprawie przyjęcia Polityki Ochrony Danych Osobowych w „Przewozy Regionalne” sp. z o.o. i Uchwały nr 457/2019 Zarządu Przewozy Regionalne sp. z o.o. z dnia 31 grudnia 2019r.
3. Polityka bezpieczeństwa IT

Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca, popierał jego stanowisko i wnosił tak jak Zamawiający.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uznanie.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes Odwołującego w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej sprowadza się do tego, że ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania dotyczących oferty wybranej daje Odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że w § 4 pkt 7 SIWZ Zamawiający poinformował, że urządzenia i oprogramowanie zaoferowane przez Wykonawcę, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego, w związku z czym załącznik do oferty, o którym mowa w ust. 5, oraz karty produktu, o których mowa ust. 6, złożone w Postępowaniu, będą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym nie będą udostępniane na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp ani na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Wykonawca jest obowiązany do złożenia w formularzu ofertowym oświadczenia, że jest świadomy, że produkty zaoferowane przez niego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego i że zobowiązuje się do jej dochowania

W formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający zawarł oświadczenie o treści: „Oświadczamy, że jesteśmy świadomi, że zaoferowane przez nas w urządzenia i oprogramowanie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego, w związku z czym „Załącznik do oferty - oferowane urządzenia i oprogramowanie” oraz karty produktu złożone w Postępowaniu nie podlegają udostępnieniu na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ani na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Zobowiązujemy się do dochowania wyżej określonej tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiającego”. Na wzorze Załącznika nr 1.1. do SIWZ - oferowane urządzenia i oprogramowanie, Zamawiający zamieścił sformułowanie „Tajemnica Przedsiębiorstwa”.

Wykonawca Xerox zastrzegł w składanej ofercie jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Załącznik nr 1.1 – oferowane urządzenia i oprogramowania tj. nazwy producentów, modeli urządzeń oraz wersji oprogramowania. Załączył do oferty wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując, że informacje objęte klauzulą poufności w ofercie Xerox wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Podał m.in., że przedstawione w zastrzeżonej części oferty informacje zawierają wiedzę pozwalającą na utrzymanie przewagi nad konkurencyjnymi przedsiębiorstwami, a tym samym mają dla Xerox

istotną wartość gospodarczą. Każda z tych informacji zawartych w zastrzeżonej części oferty ma dla Xerox istotną wartość gospodarczą, gdyż ujawnia dane dotyczące oferowanych urządzeń, przede wszystkim producenta, nazwę własną typ produktu. Opracowany przez Xerox zestaw elementów rozwiązania i ich konfiguracja stanowią efekt posiadanego przez wykonawcę know-how, stanowią informacje o charakterze technicznym i technologicznym – jako wyraz posiadanego przez wykonawcę know-how posiadają wartość gospodarczą.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i przystępującego po jego stronie wykonawcy co do istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania w części w zakresie zarzutów odnoszących się do zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całej oferty Xerox, w szczególności obejmującej oświadczenie woli wykonawcy złożone na załączniku 1.1. do SIWZ tj. w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania. Izba uznała, że zarzuty te nie są spóźnione. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem termin na skorzystanie ze środka ochrony prawnej na zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa winien być liczony od dnia zakończenia oceny skuteczności poczynionego zastrzeżenia przez Zamawiającego czyli od dnia poinformowania o wyborze oferty najkorzystniejszej. W analizowanym przypadku mamy do czynienia z sytuacją nietypową, w której to sam Zamawiający na etapie przygotowania postępowania, w treści siwz ustalił, że pewne informacje zawarte w załączniku nr 1.1 będą stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby postanowienia Zamawiającego zawarte w SIWZ co do zachowania w poufności informacji dotyczących nazw producentów, modeli, typów produktów, należy ocenić jako wskazówkę/ zalecenie co do złożonej oferty. Ostatecznie do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, zawartych w załączniku 1.1 do siwz doszło w momencie złożenia oferty. Z tych względów skuteczność poczynionego zastrzeżenia należy oceniać na moment złożenia oferty, co w konsekwencji oznacza, że termin na wniesienie odwołania w tym zakresie winien być liczony od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej. Zauważyć też trzeba, że wykonawca Xerox w wyjaśnieniach w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych dnia 29.07.2020r. wraz z ofertą wskazał, że informacje dotyczące nazw producentów, modeli, typów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Xerox. Całe uzasadnienie odnosi się do zastrzeżenia tajemnicy przez Xerox a nie Zamawiającego. Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, 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 lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa zasada jawności gwarantuje zarówno uczestnikom postępowania, jak i wszystkim zainteresowanym dostęp do informacji i dokumentów dotyczących postępowania. Zasada jawności i zasada przejrzystości postępowania mają służyć wprowadzeniu jasnych, klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania czynności zamawiającego, podejmowanych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że Zamawiający jest przedsiębiorcą, prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki prawa handlowego i co do zasady może także podjąć decyzję o objęciu pewnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Z drugiej strony Zamawiający, stosując przepisy ustawy Pzp jest także zobowiązany do przestrzegania zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględniając definicję tajemnicy przedsiębiorstwa i charakter zastrzeganych informacji, Izba uznała, że informacje dotyczące nazw, modeli drukarek oraz oprogramowania, jakie będą dostarczone Zamawiającemu w ramach tego zamówienia publicznego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ujawnienie samych nazw, modeli drukarek oraz oprogramowania, bez znajomości szczegółów dotyczących stosowanych u Zamawiającego procedur bezpieczeństwa, wbrew temu co twierdzi Zamawiający nie zagraża bezpieczeństwu informatycznemu Zamawiającego. Zamawiający, poza gołosłownym twierdzeniem nie przeprowadził w tym zakresie żadnego dowodu. Okoliczności tej nie potwierdzają także powołane przez Zamawiającego uchwały Zarządu spółki.

Objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa nazw, modeli sprzętu i oprogramowania jest nieskuteczne także z uwagi na to, że znając jawne wymagania techniczne jakie Zamawiający

w tym postępowaniu sformułował, z łatwością można skonkretyzować jakie modele drukarek i oprogramowania spośród dostępnych w swojej ofercie dany podmiot może zaoferować. Za ujawnieniem tychże informacji przemawia także zasada równego traktowania wykonawców, która nakazuje zamawiającemu zachowanie jednakowego podejścia do wykonawców na każdym etapie postępowania - bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jak wykazano w toku rozprawy - Zamawiający ujawnił dane zawarte w załączniku 1.1., złożone w ofercie wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., co oznacza, że nie chroni informacji dotyczących nazw, producentów sprzętu i oprogramowania w sposób absolutny.

Izba uznała, że zarzuty i argumentacja odwołania zmierzały do odtajnienia jedynie załącznika nr 1.1 oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonej z ofertą Xerox i jedynie w tym zakresie, nie wychodząc poza granice zarzutów, nakazała odtajnienie tego dokumentu.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Izba pozostawiła bez rozpoznania zgłoszony jako ewentualny, na wypadek nie uwzględnienia zarzutu zaniechania odtajnienia załącznika 1.1., zarzut zaniechania odrzucenia oferty Xerox. Z uwagi na pozostawienie bez rozpoznania zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Xerox Izba nie przeprowadziła dowodu z opinii prywatnej biegłego pana dr hab. inż. K. S. oraz dowodów złożonych przez Przystępującego Xerox.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: