

POSTANOWIENIE

z dnia 17 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu w Warszawie w dniu **17 września 2015 r.** na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 września 2015 r.** przez wykonawcę: **Infonet Projekt S.A., Aleja Armii Krajowej 220, 43-316 Bielsko-Biała** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Narodowe Centrum Badań Jądrowych, 05-400 Otwock (Świerk), ul. Andrzeja Sołtana 7**, przy udziale wykonawcy:

A. Format Sp. z o.o., ul. Czereśniowa 130, 02-456 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie wykonawcy **Infonet Projekt S.A., Aleja Armii Krajowej 220, 43-316 Bielsko-Biała**,
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Infonet Projekt S.A., Aleja Armii Krajowej 220, 43-316 Bielsko-Biała**,
- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Infonet Projekt S.A., Aleja Armii Krajowej 220, 43-316 Bielsko-Biała**, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa klastra do przechowywania i analizy wielkich zbiorów danych”, (ogłoszonym 21.07.2015r. w Dzienniku Urzędowym WE pod nr 2015/S 138-254342), w dniu 11 września 2015 r. zostało wniesione pisemne odwołanie przez wykonawcę Infonet Projekt S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało złożone od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od zaniechania odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez wykonawcę Format Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tj. Wykazu oferowanego sprzętu, sporządzonego wg Załącznika Nr 3 do SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Narodowemu Centrum Badań Jądrowych w Świerku naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”, tj.: naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy, w związku z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy, w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez wykonawcę Format Sp. z o.o., pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby: odtajnił i udostępnił odwołującemu informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez wykonawcę Format Sp. z o.o., tj. Wykaz oferowanego sprzętu, sporządzony wg Załącznika Nr 3 do SIWZ, oraz informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ewentualnych uzupełnieniach i wyjaśnieniach treści oferty złożonej przez wykonawcę Format.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto, w

wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji odwołujący mógłby się zapoznać z pełną treścią oferty wykonawcy Format, w tym z zastrzeżonym wykazem oferowanego sprzętu, sporządzonym wg Załącznika Nr 3 do SIWZ, i m.in. sprawdzić, czy treść oferty wykonawcy Format Sp. z o.o. odpowiada treści SIWZ. W świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert oferta wykonawcy Format jest ofertą najkorzystniejszą, jeżeli zatem nie zostanie odrzucona, względnie jeżeli wykonawca Format nie zostanie wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą, to oferta odwołującego nie będzie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący argumentował, że poprzez zaniechanie powyższych czynności oraz dokonanie wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy zamawiający doprowadził do sytuacji, w której jako wykonawca może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku. Powyższe stanowi spełnienie przesłanek do skorzystania przez ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić wniesione odwołanie. Efektem wskazanej powyżej czynności i zaniechań zamawiającego może być bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynie na wynik postępowania.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 31 sierpnia 2015 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Format Sp. z o.o. W dniu 2 września 2015 r. zamawiający przesłał odwołującemu drogą elektroniczną, skan oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Format Sp. z o.o. Podkreślił, że zamawiający nie udostępnił całości ww. oferty, gdyż przesłany skan nie obejmował Wykazu oferowanego sprzętu, sporządzonego wg Załącznika Nr 3 do SIWZ. Co za tym idzie, udostępniony odwołującemu skan oferty złożonej przez wykonawcę Format Sp. z o.o. nie zawierał wszystkich dokumentów żądanych przez zamawiającego w SIWZ. Jak wynika z informacji zawartych w przesłanym skanie oferty złożonej przez wykonawcę Format Sp. z o.o. wykonawca ten zastrzegł Wykaz oferowanego sprzętu jako stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) i wniósł o jego nieudostępnianie. Ponadto zastrzeżeniem objęte zostało samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 9 września odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie (ujawnienie) przez zamawiającego dokumentu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez wykonawcę Format, tj. Wykazu oferowanego sprzętu, sporządzonego wg Załącznika Nr 3 do SIWZ. Odwołujący wniósł ponadto o zawiadomienie go przez zamawiającego o ujawnieniu (odtajnieniu) ww. dokumentu oraz o jego udostępnienie odwołującemu - poprzez przesłanie jego kopii drogą elektroniczną oraz faksem. Odwołujący domagał się dokonania przez zamawiającego ww. czynności nie później niż do 10 września 2015 r., godz. 16.00 oraz zastrzegł, że niewykonanie przez zamawiającego ww. czynności we wskazanym powyżej terminie zmusi go do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 10 września 2015 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego faksem odpowiedź na swój wniosek. Zamawiający stwierdził, że: *„(...) brak jest podstaw prawnych do żądania przez Wykonawcę dokonania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w terminie wskazanym przez Wykonawcę. Termin podjęcia i przeprowadzenia czynności w zakresie badania i oceny ofert należy do Zamawiającego.”*

W świetle powyższego, odwołujący uznał, że zamawiający respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane w ofercie przez wykonawcę Format Sp. z o.o., a odwołujący powziął o tym wiadomość w dniu 2 września 2015 r.; tj. w dniu, w którym zapoznał się z przesłanym mu skanem oferty wykonawcy Format.

Odwołujący zaznaczał, że skoro niniejsze odwołanie wniósł w dniu 11 września 2015r., to oznacza, że uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż odwołanie dotyczy postępowania o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie zatem z przepisem art. 180 ust. 1 i 2 tej ustawy niniejsze odwołanie uznać należy również uznać za dopuszczalne.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy Pzp, w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez wykonawcę Format Sp. z o.o., pomimo, że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odwołujący stwierdził, co następuje.

Zamawiający respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane w ofercie przez wykonawcę Format Sp. z o.o. i mimo jednoznacznego ustawowego obowiązku nie

udostępnił odwołującemu całą ofertę wykonawcy Format. W ocenie odwołującego nie budzi wątpliwości, że zastrzeżony wykaz oferowanego sprzętu w żadnym wypadku nie może być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym jego zastrzeżenie przez wykonawcę Format uznał za bezpodstawne.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Odwołujący przekonywał, że Wykaz zastrzeżony przez wykonawcę Format Sp. z o.o. nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) zamawiający winien go odtajnić, czego nie uczynił. Powyższe poczytał za zaniechanie zamawiającego, które narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

O obowiązku zamawiającego w powyższym zakresie przesądzają następujące względy. Wykaz oferowanego sprzętu, zarówno dla zamówienia podstawowego jak i dla zamówienia opcjonalnego, składa się z kilku kolumn, tj.:

- a) z kolumny 2. „Dostarczany komponent (producent/nazwa/model/opis parametrów technicznych)” oraz kolumny 3. „ilość sztuk/zestawów”,
- b) z kolumny 4. „Cena jednostkowa netto w zł,” oraz kolumny 5 „Wartość netto w zł”.

Jak widać, w kolumnie 2 i 3 należało podać informacje na temat ilości oraz właściwości i parametrów oferowanego sprzętu, natomiast w kolumnie 4 i 5 - informacje na temat ceny za oferowany sprzęt (jednostkowej i sumarycznej dla danej pozycji wykazu).

Odnosząc się do powyższego odwołujący zwracał uwagę, że nie ma żadnego uzasadnienia ani usprawiedliwienia dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących cen za zaoferowane urządzenia. Art. 8 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp stanowi, że wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, tj. m.in. informacji na temat ceny. Odwołujący zaznaczał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości, że przez cenę w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp należy rozumieć także ceny jednostkowe. KIO wypowiedziała się na ten temat

już wielokrotnie, a orzecznictwo w tym zakresie jest jednolite i utrwalone. Odwołujący wskazał na:

- a) wyrok z dnia 22 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1384/14: *„co istotne, zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny. Poszczególne ww. pozycje składają się na cenę w niniejszym postępowaniu, a także zostaną ujawnione po podpisaniu umowy. Cena w niniejszym postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania.”*
- b) wyrok z dnia 3 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 77/14: *„przepis art. 86 ust 4 p.z.p. stanowi, że podczas otwarcia ofert podaje się informacje dotyczące ceny. Nie dotyczy to jedynie ceny całkowitej, ale także np. cen jednostkowych, które nie mogą być przedmiotem skutecznego zastrzeżenia - jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyłączeniu jawności może podlegać kalkulacją ceny, szczegółowe elementy składowe, a nie sama cena - jako wynikająca z przeprowadzonej przez wykonawcę kalkulacji.”*
- c) wyrok z dnia 2 września 2013 r., sygn. akt KIO 2009/13: *„zakaz utajniania identyfikacji podmiotu składającego ofertę, jego statusu i adresu wynika wprost z treści art. 86 ust 4 p.z.p. Nie można również zastrzec tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do cen (nawet jednostkowych), za które wykonawca podejmuje się realizacji zamówienia.”*

Już zatem tylko z tego względu zastrzeżenie informacji dotyczących cen jednostkowych odwołujący ocenił jako oczywiście sprzeczne z przepisem art. 8 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp.

Co do informacji na temat ilości oraz właściwości oferowanego sprzętu (kolumna 2 i 3 Wykazu) odwołujący podkreślił, że Wykaz oferowanego sprzętu miał przede wszystkim potwierdzać spełnianie przez oferowane węzły systemu plików (czyli półki dyskowe), serwery zarządzające oraz przełączniki sieciowe wymagań określonych w SIWZ, a zatem wymagań, które są jawne i dostępne dla każdego zainteresowanego. Zaznaczył, że zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia” precyzyjnie określił zarówno wymagane minimalne ilości poszczególnych typów urządzeń jak i ich wymagane właściwości i parametry, a Wykaz oferowanego sprzętu nie zawiera żadnych informacji o charakterze technicznym czy technologicznym, a jedynie podaje (przynajmniej powinien podawać):

- a) wymiary fizyczne;
- b) parametry techniczne w tym liczba, rodzaje i przepustowości interfejsów sieciowych i dyskowych;

- c) liczba i rodzaje dysków danych;
- d) liczba i rodzaje procesorów w kontrolerach aplikacyjnych;
- e) pojemność i rodzaj pamięci RAM kontrolerów aplikacyjnych.

Odwołujący utrzymywał, że Wykaz ten nie zawiera jakichkolwiek opisów technicznych, które mogłyby zawierać wynik prac twórczych wykonawcy, chronionych prawem autorskim, czy też o zbliżonym charakterze, mogących być przedmiotem nieuprawnionego naśladownictwa, w tym przynoszącego korzyści, kosztem wytwórcy. Nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji o tym, że oferowane urządzenia spełniają jawne i powszechnie dostępne wymagania SIWZ. Podkreślił również, że informacje wymagane przez zamawiającego w wykazie, wyżej podane są powszechnie dostępne, do których każdy zainteresowany może dotrzeć bez trudności. Producenci półek dyskowych, serwerów oraz przełączników sieciowych powszechnie informują o ich właściwościach i parametrach, w szczególności poprzez zamieszczenie odpowiednich informacji na swoich stronach internetowych czy w materiałach promocyjnych, wykazują się parametrami i właściwościami produkowanych przez siebie urządzeń. W celu pozyskania jak największej liczby klientów reklamują swoje wyroby i szeroko informują o ich właściwościach, parametrach i posiadanych certyfikatach.

W świetle powyższego, odwołujący ponowił twierdzenie, że informacje o zaoferowanych przez wykonawcę Format Sp. z o.o. półkach dyskowych, serwerach zarządzających oraz przełącznikach sieciowych są powszechnie dostępne. Nie jest zatem spełniony w ich wypadku podstawowy warunek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, jakim jest nieujawnienie do wiadomości publicznej.

Na poparcie swego stanowiska przywołał orzecznictwie KIO. Przykładowo, w wyroku z dnia 12 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2793/10, Izba stwierdziła, że: „w ocenie Izby zastrzeżone przez przystępującego informacje nie spełniają żadnej z ustawowych przesłanek, aby można było mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa. W rzeczywistości przystępujący zastrzegł w swojej ofercie informacje w postaci nazw handlowych, znaków towarowych, symboli, oznaczeń sprzętu, oprogramowania ich kolejnych wersji, które są ogólnie dostępne i znane na rynku. Zdaniem Izby informacji takich nie sposób uznać za informacje o charakterze technicznym, technologicznym, handlowym czy też organizacyjnym. Nie sposób również podzielić stanowiska przystępującego, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana wiedza o spełnianiu wymogów SIWZ. Izba wskazuje, iż informacje opracowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez zamawiającego w SIWZ, a więc jawne, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.” W innym wyroku, z dnia 16 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO 2389/10, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała odtajnienie części oferty,

niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, a dotyczących m.in. specyfikacji parametrów technicznych oraz opisu oferowanego sprzętu. W wyroku KIO z dnia 14 stycznia 2011 roku, sygn. akt KIO 2817/10, w analogicznym stanie faktycznym skład orzekający Izby nakazał odstąpienie niesłusznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofertach a dotyczących opisu oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia, którego wzór stanowi załącznik nr 2A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wskazanych w SIWZ certyfikatów, oświadczeń i innych dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi/dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Odwołujący podnosił, że nie jest żadnym uzasadnieniem dla dokonanego zastrzeżenia chęć utrzymania w tajemnicy informacji jakie konkretnie półki dyskowe, serwery zarządzające czy przełączniki sieciowe zostały zaofiarowane przez wykonawcę Format Sp. z o.o. Zamawiający precyzyjnie określił w SIWZ jakie wymagania mają spełniać oferowane mu urządzenia, a rolą wykonawcy było jedynie dobranie odpowiednich urządzeń spełniających te wymagania. Ponownie wskazał, że informacje o tym, iż zaofiarowane urządzenia spełniają jawne i powszechnie dostępne wymagania SIWZ, nie kwalifikują się jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślił, że urządzenia stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia są produktami gotowymi, „z półki”, produkowanymi seryjnie, a nie tworzonymi na indywidualne potrzeby zamawiającego. Co za tym idzie informacje o urządzeniach zaofiarowanych przez wykonawcę Format Sp. z o.o. są powszechnie dostępne, chociażby na stronach internetowych ich producentów, gdzie zamieszcza się różnego rodzaju katalogi, ulotki czy karty techniczne, obejmujące m.in. informacje żądane przez zamawiającego w wykazie oferowanego sprzętu. Zatem również w tym wypadku przekonywał, że nie został spełniony podstawowy warunek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, jakim jest nieujawnienie do wiadomości publicznej.

Odwołujący przywołał dalsze orzecznictwo KIO. W wyroku KIO z dnia 11 marca 2011 roku, sygn. akt. KIO/399/11, Izba orzekła: *„Zdaniem Izby znajdujące się w części zastrzeżonej oferty Przystępującego informacje nie mieszczą się w powyższej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności karty charakterystyki produktów nie można uznać za dokumenty stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa, jako że informacje tam zawarte zostały skierowane przez producentów do szerokiego grona odbiorców. Dokumenty te, jako ujawnione do wiadomości publicznej, nie spełniają wskazanego w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, warunku do uznania informacji w nich zawartych za tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) W uchwale Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z dnia 21.10.2005r., sygn. akt III CZP 74/05, opublikowanej w publikatorze Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2006, Nr 7-8, poz. 122, str. 64 postawiono istotną tezę orzeczniczą, zgodnie z którą, 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. Należy również zauważyć, iż dokonana klasyfikacją dokumentów pod kątem ich jawności musi również zapewniać zachowanie równości i konkurencyjności ocenianych ofert."

Według odwołującego żadnym uzasadnieniem dla dokonanego zastrzeżenia nie jest również to, że na etapie przygotowania oferty wykonawca musiał samodzielnie dobrać sprzęt spełniający wymagania zamawiającego określone w SIWZ. Taki dobór nie stanowi żadnej wartości, która byłaby chroniona na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Umiejętność doboru sprzętu do wymagań określonych przez zamawiającego posiada każdy wykonawca, który ubiega się o przedmiotowe zamówienie, czy w ogóle każdy wykonawca, który ubiega się o zamówienia na dostawy sprzętu komputerowego. Przywołał kolejne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące tej argumentacji. W wyroku z dnia 15 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2537/14, KIO podkreśliła, że: *„zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w zastrzeżonych załącznikach nr 13, 14, 15 i 16, nie znajdowało przy tym, w ocenie Izby, uzasadnienia w okolicznościach niniejszej sprawy, przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia, jego opisu oraz formy sporządzonych przez Zamawiającego załączników do SIWZ. Zgodnie z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503), 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. W realiach niniejszej sprawy w pełni aktualny pozostaje pogląd Krajowej Izby Odwoławczej wyrażony w wyroku z dnia 30 października 2013 r., sygn. akt KIO 2398/13, iż szczegółowa specyfikacja minimalnych wymagań technicznych została w całości stworzona przez Zamawiającego. Specyfikacja ta była w dyspozycji wszystkich uczestników postępowania i nie może mieć przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczność, że pewne jej elementy wymagają wypełnienia poprzez podanie producenta i modelu urządzenia, tudzież producenta, nazwy, wersji oprogramowania nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania twórczego, koncepcyjnego charakteru tych informacji. Podobnie w wyroku z dnia 7 czerwca 2013 r.. sygn. akt KIO 1239/13. Izba wskazała, że tajemnicy przedsiębiorstwo nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymaganiom postawionym przez zamawiającego."*

Jako kolejny argument, przemawiający za bezzasadnością dokonanego zastrzeżenia odwołujący uznał, że zgodnie z § 1 ust. 4 wzoru umowy (Załącznik Nr 8 do SIWZ) wykaz oferowanego sprzętu będzie stanowił załącznik Nr 2 do umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia. Ponieważ zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, to przyjął za oczywiste, że wraz z umową jawny będzie zastrzeżony przez wykonawcę Format Sp. z o.o. Wykaz oferowanego sprzętu. Już tylko ta okoliczność, zdaniem odwołującego powoduje, że nie sposób uznać ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro z góry zakłada się ich ujawnienie po uzyskaniu zamówienia. Powyższe poczytał jako przesądzające o niedopuszczalności zastrzeżenia Wykazu sprzętu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, i powołał się na:

a) wyrok z dnia 11 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2498/14, w którym nakazując odtajnienie formularza cenowego podkreślono, że: *„nadto, ww. pozycje z formularza cenowego stanowią załącznik przyszłej umowy, i tak jak sama umowa o udzielenie zamówienia publicznego, zostaną ujawnione po podpisaniu umowy.”*

b) wyrok z dnia 22 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1384/14, w którym podkreślono, że: *„brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Jak wyżej wskazano, tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy.”*

c) wyrok KIO z dnia 17 maja 2013 r., sygn. akt KIO 938/13, w którym podkreślono, że: *„Jeżeli pewne informacje zostały ujawnione lub zostaną ujawnione po podpisaniu umowy, to tracą one przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa.”*

Podsumowując, w ocenie odwołującego zastrzeżenie przez wykonawcę Format Sp. z o.o. wykazu oferowanego sprzętu było i jest pozbawione podstaw.

Za wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej:

a) z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11, 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,”*

b) z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 745/08: „Zamawiający, w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść, a nie nazwa dokumentu. (...) Jednocześnie należy podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zrobili to w sposób uprawniony,”

c) z dnia 27 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1110/08, z dnia 29 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1455/08

- odwołujący zaznaczał, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał, na co przytoczył kolejne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11, Izba stwierdziła, że: „ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na przystępujących Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem przystępujących, że odwołujący, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych we wnioskach o dopuszczenie do udziału.”

Reasumując przedstawioną argumentację, odwołujący podtrzymał, że zaniechanie zweryfikowania podstaw zastrzeżenia przez wykonawcę Format Sp. z o.o. Wykazu oferowanego sprzętu zostało popełnione przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy. Zastrzeżony wykaz nie zawiera bowiem żadnych informacji, które zasługiwałyby na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego, oczywistym i faktycznym powodem zastrzeżenia przez wykonawcę Format ww. wykazu nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym odwołującemu, weryfikacji jego oferty pod kątem zgodności jej treści z treścią SIWZ. Poprzez bezprawne zastrzeżenie informacji wykonawca Format chce uniemożliwić innym wykonawcom sprawdzenie, czy faktycznie jego oferta odpowiada wymaganiom SIWZ, a przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i uruchomienie klastra do przechowywania i analizy wielkich zbiorów danych wraz z niezbędną infrastrukturą (elementy montażowe w szafach teleinformatycznych, przełączniki sieciowe, okablowanie sieciowe i elektryczne) oraz szkolenie w zakresie obsługi klastra.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 11 września 2015 r. przesłane drogą elektroniczną, pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w kopii przekazane stronom, zgłosił w dniu 14 września 2015 r. wykonawca Format Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który wnosił o oddalenie odwołania oraz stwierdził, że jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania przetargowego i posiada interes w popieraniu stanowiska zamawiającego w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na korzyść zamawiającego, bowiem odwołanie dotyczy zaniechania przez zamawiającego odtajnienia części dokumentów załączonych przez niego do oferty, i objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że przesłanki przystąpienia do postępowania odwoławczego, wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane przez wykonawcę Format Sp. z o.o.

W odpowiedzi na pismo znak: UZP/DO/LZ/16691/19833/15 Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, udzielonej za pośrednictwem faksu, zamawiający podał, że:

- 1) Nie wykonywał żadnych czynności w postępowaniu poza czynnością otwarcia ofert, która odbyła się w dniu 26.08.2015 r.
- 2) Odwołujący po zapoznaniu się ze skanem oferty firmy Format Sp. z o.o. w piśmie z dnia 9.09.2015 r. otrzymanym przez zamawiającego dnia 9.09.2015 r., godz. 14:23 żądał od zamawiającego odtajnienia oferty firmy Format Sp. z o.o. w terminie do 10.09.2015 r. do godz. 16:00.
- 3) W odpowiedzi na to pismo zamawiający poinformował odwołującego, że „*decyzja o terminie badania ofert należy do Zamawiającego*”.
- 4) Reasumując, zamawiający nie poinformował odwołującego o odmowie odtajnienia oferty wykonawcy Format Sp. z o.o., ponieważ ze względu na prowadzenie innych postępowań, jeszcze nie dokonał oceny oferty firmy Format Sp. z o.o. pod kątem zastrzeżenia dokumentu „Wykaz oferowanego sprzętu”, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności, skład orzekający Izby na podstawie § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. j.t. z 2014 r., poz. 964), dokonuje na posiedzeniu niejawnym niezbędnych czynności formalnoprawnych i sprawdzających. W zależności od poczynionych ustaleń faktycznych w tym zakresie, skład orzekający, między innymi wydaje postanowienie o odrzuceniu odwołania.

Izba na posiedzeniu bez udziału stron i uczestnika w oparciu o fakty przyznane przez odwołującego w treści odwołania oraz stanowisko zamawiającego w informacji z dnia 14 września 2015 r. uznała, że strony zgodnie przedstawiły zaistniałe okoliczności faktyczne, z których wynika, że odwołujący uzyskał na swój wniosek wgląd w niezastrzeżoną część dokumentacji oferty wykonawcy Format Sp. z o.o. Wykonawca ten zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w dokumentach oferty przedstawił uzasadnienie dla zastrzeżenia Wykazu sprzętu według zał. nr 3 do SIWZ - jako tajemnicy jego przedsiębiorstwa, co odwołujący przyznał w treści odwołania. Zamawiający dotychczas nie ocenił zasadności dokonanego zastrzeżenia. Okoliczności powyższe potwierdza treść korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a odwołującym w odniesieniu do udostępnienia dokumentów oferty wykonawcy Format Sp. z o.o. w przesłanej Krajowej Izbie Odwoławczej dokumentacji postępowania.

Izba zważyła, co następuje.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, że odwołanie zostało złożone przedwcześnie. Przesłanki formalne pozwalające na wniesienie odwołania, a także zasadność zgłoszonych zarzutów oraz interes wykonawcy - jeżeli zachodzą podstawy do merytorycznego rozpoznania odwołania, Izba ustala na dzień złożenia odwołania, uwzględniając przy wydaniu wyroku, stosownie do art. 191 ust. 2 ustawy Pzp - stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Orzeczenie Izby zawsze odnosi się do czynności i zaniechań zamawiającego, które odwołujący podał w odwołaniu, jako powód jego wniesienia.

Już z samych okoliczności podanych przez odwołującego w treści odwołania, które Izba w oparciu o art. 190 ust. 5 ustawy Pzp uznała za fakty przyznane, zatem niewymagające dalszego dowodzenia, a nadto potwierdzone przez zamawiającego oraz podane w treści przystąpienia złożonego przez wykonawcę Format Sp. z o.o. - wynika, że do wyznaczonego terminu składania ofert - w została między innymi, złożona oferta wykonawcy Format Sp. z o.o., w której dokonano zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oznaczonego dokumentu, jako niepodlegającej ujawnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wybór oferty w tym postępowaniu nie został jeszcze dokonany. Zamawiający w ogłoszeniu, podał minimalny okres związania ofertą wynoszący 60 dni od ustalonej daty składania ofert. W tym też okresie zamawiającego obciąża powinność weryfikacji złożonych ofert, w tym również skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wyboru oferty najkorzystniejszej, o ile nie dojdzie do dalszego przedłużenia okresu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Z samej definicji ustawowej należało zatem przyjąć, iż zamawiający jest w trakcie czynności badania ofert, które wpłynęły w przetargu.

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W systemie zamówień publicznych pojęcie „oferta” bywa również traktowane funkcjonalnie i odnosi się do pisemnego oświadczenia woli wykonawcy oraz składanych wraz z tym oświadczeniem załączników. Stosownie zatem do art. 96 ust. 3 Pzp od chwili otwarcia, udostępnia się oferty złożone przez wykonawców wraz ze wszystkimi załącznikami.

Należało jednak zważyć, iż jawność ta doznaje ograniczeń z mocy samej ustawy, tj. art. 8 ust. 3 Pzp, mówiącego, że 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 oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

Z kolei art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), stanowi, że 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. Zgodnie ze wskazaniem uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta informacji.

Zamawiający w toku badania tych kwestii, ocenia zasadność złożonego zastrzeżenia w świetle odnośnych przepisów z uwzględnieniem uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę w dokumentacji oferty. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, tj. nazwy, adresu, terminu wykonania, okresu gwarancji i warunków płatności. Nie można również zastrzec tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do cen, za które wykonawca podejmuje się realizacji zamówienia.

Postanowienia art. 96 ust. 2 ustawy Pzp stanowią, że oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Mimo, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny, to przepis ten dozwala na udostępnianie załączników do protokołu dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, lub po unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia.

Pewne odstępstwo w wymienionym zakresie, dopuszcza przepis szczególny zawarty w § 5 ust 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), który mówi o tym, że w celu zapewnienia sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający w wyjątkowych wypadkach udostępnia oferty lub przesyła ich kopie w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Prawo dopuszcza, zatem takie działania zamawiającego, ażeby nawet oferty zostały udostępnione nie od chwili ich otwarcia - jak stanowi art. 96 ust. 3 Pzp, ale w późniejszym terminie podyktowanym względami organizacyjnymi zamawiającego, najpóźniej w dniu przesłania informacji o wyborze oferty.

Izba podziela stanowisko, że nawet gdyby przyjąć, iż oferty winny być udostępnione niezwłocznie od chwili ich otwarcia - to jedynie w zakresie nieutajnionym. Odwołujący przyznał, że miał możliwość zaznajomić się z niezastrzeżoną częścią oferty konkurencyjnej firmy Format Sp. z o.o. Udostępnianie w pozostałym zakresie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa - nie oznacza natychmiastowo, ale w takim terminie bez nieuzasadnionej zwłoki, w jakim dokonanie tej czynności jest obiektywnie możliwe w normalnym toku prac komisji przetargowej i kierownika zamawiającego, albowiem pojęcie „niezwłocznie” nie oznacza natychmiast. Określenie „niezwłocznie” oznacza termin realny mający na względzie okoliczności danego miejsca i czasu.

Szczególnego podkreślenia wymagało, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 1 tej ustawy dozwala na wnoszenie środków ochrony prawnej od czynności zamawiającego lub zaniechania czynności nakazanych ustawą. Nie stanowi, zatem podstawy do wniesienia odwołania w terminie zakreślonym art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp sam fakt, że którykolwiek z wykonawców złożył ofertę z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dacie złożenia ofert, nie ma obowiązku natychmiastowego ich zbadania, w tym podjęcia decyzji, co odtajnieniu określonych dokumentów. Z uwagi na zróżnicowany zakres danych, objętych wymienionymi dokumentami zawartymi w ofercie, czynności zamawiającego związane z badaniem ofert, w tym także związane z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach, wymagają odpowiedniego czasu. Zamawiający winien analizować dane i ustalać, które z nich spełniają kryteria informacji utajnionych - w oparciu o uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę. Nie sam, bowiem rodzaj dokumentu np. Wykaz wykonanych usług, Wykaz sprzętu, czy wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie przesądza o możliwości jego utajnienia, lecz treść, którą zawiera, przy uwzględnieniu również przedmiotu zamówienia.

Z tych względów Izba nie podziela poglądów, że terminem początkowym wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia oferty wykonawcy przez zamawiającego jest następnym dzień po dacie jej otwarcia, (w tym przypadku otwarcie ofert odbyło się 26 sierpnia 2015 r.), czy też, jak liczył odwołujący - od daty 2 września 2015 r., tj. od udostępnienia oferty Format Sp. z o.o., bez utajnionego dokumentu, czy nawet od daty zgłoszenia kategorycznego żądania ujawnienia całości oferty konkurenta we wskazanym terminie - do 10 września 2015r. do godz. 16:00.

Nie świadczy to bowiem w ocenie Izby, o zaniechaniach zamawiającego, które otwierałyby termin na wniesienie odwołania. Odwołujący nie przedstawił też żadnej odpowiedzi zamawiającego, w której ten jednoznacznie zakomunikowałby swoje stanowisko, że żądanie odwołującego nie zostanie spełnione.

Termin wniesienia odwołania winien być liczony od daty podjęcia czynności przez zamawiającego wobec oferty wykonawcy Format Sp. z o.o., w tym ostatecznie przez dokonanie jej merytorycznej oceny, bez odtajnienia dokumentów, co dawałoby wyraz temu, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający uznał za zasadne. Termin ten otwiera również udzielona wcześniej jednoznaczna odpowiedź przekazana w sposób wskazany w art. 27 ust. 1 Pzp, że zamawiający odmawia ujawnienia oznaczonych dokumentów w ofercie danego wykonawcy. Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2013 r. (sygn. akt: KIO 633/13), w którym KIO stwierdziła, co następuje: *„Dopiero w momencie, gdy zamawiający ogłasza, że zakończył badanie ofert wybierając ofertę najkorzystniejszą (lub unieważniając postępowanie), można uznać, że podjął też decyzję o nieujawnieniu zastrzeżonych informacji - od tego też momentu można wskazywać na jego zaniechanie. Odmienne jest sytuacja, w której wykonawca jeszcze przed ogłoszeniem wyniku postępowania wnosi o ujawnienie tych informacji, a zamawiający takiego ujawnienia odmawia i nie wskazuje, że odmowa ta wynika z tego, iż wciąż prowadzi czynności zmierzające do wyjaśnienia przyczyn zastrzeżenia informacji. W tym wypadku można mówić o czynności zamawiającego polegającej na odmowie udostępnienia informacji w wyniku powzięcia przez niego decyzji, że powinny one pozostać niejawne.”*

Stosownie do postanowień art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jak wynika z okoliczności przedstawionych przez samego odwołującego, zamawiający na dzień wniesienia odwołania (11.09.2015 r.), nie podjął żadnych czynności (zachowania w poufności, lub też odtajnienia) wobec oferty wykonawcy Format Sp. z o.o. ze względu na utajniony dokument Wykazu sprzętu, ani też nie

pozostaje w zwłóce z tymi czynnościami, skoro nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i nie ustalił wyniku postępowania.

Izba nie może merytorycznie orzekać, jeżeli odwołanie dotyczy hipotetycznych czynności, czy też takich „zaniechań” zamawiającego, co do których podjęcia czynności termin jeszcze nie upłynął. Izba bowiem nie podejmuje czynności za zamawiającego, ale jedynie weryfikuje prawidłowość tych czynności. Domagając się uwzględnienia odwołania, najwyraźniej odwołujący uznaje, że Izba powinna zdecydować przed zamawiającym o tym, czy winien on dokonać ujawnienia zastrzeżonej części oferty wykonawcy Format Sp. z o.o. w zakresie Wykazu sprzętu, gdzie wobec tego właśnie dokumentu odwołujący powziął podejrzenie, że może nie potwierdzać spełniania przez ofertę wykonawcy Format Sp. z o.o. istotnej treści SIWZ, a informacje tam zawarte nie powinny podlegać utajnieniu, gdyż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa tegoż wykonawcy.

Zamawiający do chwili wniesienia odwołania nie ustosunkował się do pism żądających odtajnienia oferty Format Sp. z o.o. w całości i nie przedstawił stanowiska, że odmawia odtajnienia oferty skarżonego wykonawcy Format Sp. z o.o. Dopiero po dokonaniu analizy i oceny złożonego uzasadnienia, zamawiający podejmie decyzję odnośnie tego, czy wskazany w odwołaniu dokument będzie odwołującemu udostępniony. Odwołanie jest, więc i z tego względu przedwczesne.

Dopuszczalność odwołania oraz zasadność zarzutów odwołania Izba ocenia na moment jego wniesienia. Izba nie ma, zatem żadnych możliwości merytorycznego rozpatrzenia zarzutów odwołania, obejmujących odpowiedź na pytanie - czy oznaczony dokument w ofercie wykonawcy Format Sp. z o.o. powinien podlegać ujawnieniu - zgodnie z żądaniem wnoszącego odwołanie. Pismo zamawiającego z dnia 10 września 2015 r. stanowi jedynie powiadomienie o fakcie, że podjęcie i przeprowadzenie czynności w zakresie badania i oceny ofert należy do zamawiającego i badanie zostanie przeprowadzone w stosownym terminie. Odwołujący został dotychczas poinformowany jedynie o fakcie istnienia zastrzeżenia w ofercie firmy Format Sp. z o.o., że oznaczony dokument ma być traktowany jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający zatem nie dokonał żadnej czynności, ani też nie popadł w stan zaniechania czynności nakazanej ustawą, które dawałyby podstawy do złożenia niniejszego odwołania w dacie 11 września 2015 r.

Analogiczne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w postanowieniu z dnia 15 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1380/14.

Z powyższych względów Izba odrzuciła odwołanie, jako przedwczesne, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, stosując odpowiednio art. 1184 § 2 ustawy K.p.c. w związku z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, że sąd polubowny może z

zastrzeżeniem przepisów ustawy, prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy. Sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem.

Z kolei przepis art. 185 ust. 7 ustawy Pzp postanawia, że jeżeli ustawa nie stanowi inaczej stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. K.p.c. o sądzie polubownym (arbitrażowym). Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 189 ust 2 tej ustawy oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. (Dz. U. j.t. z 2014 r., poz. 964) nie regulują kwestii postępowania z przedwcześnie wniesionym odwołaniem, zatem poprzez art. 1184 § 2 ustawy K.p.c. upoważniają Izbę, do odrzucenia odwołania, którego przedwczesne zarzuty, nie mogły być merytorycznie rozpatrzone.

Odrzucenie obecnego odwołania, jako iż postanowienie dotyczy rozstrzygnięcia formalnoprawnego - proceduralnego, nie zamyka odwołującemu drogi do ponownego zgłoszenia tych samych zarzutów, w odwołaniu wniesionym w odpowiednim terminie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na poczet kosztów postępowania Izba zaliczyła uiszczony wpis na podstawie § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do postanowień § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. (Dz. U. j.t. z 2014 r., poz. 964) ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

