

Sygn. akt: KIO 920/14

## WYROK

z dnia 21 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 maja 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2014 r. przez **wykonawcę Comtegra spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa- Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie, ul. Podchorążych 38**

przy udziale **wykonawcy MATIC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt Kio 920/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comtegra spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474 i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Comtegra spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **wykonawcy Comtegra spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474** na rzecz **Skarbu Państwa- Komendy Głównej Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie, ul. Podchorążych 38** kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie : trzy tysiące sześćset złotych

zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostosowanie Centralnej Bazy Danych SG wraz z infrastrukturą do współpracy z SIS II, podprojekt: Dostawa przestrzeni dyskowej oraz backupowej na potrzeby SBD SG – ZSE 6 wraz z modernizacją sieci SAN zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa-Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie, ul. Podchorążych 38 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2014r. za numerem 2014/S 045-075116.

W dniu 30 kwietnia 2014r. odwołujący – Comtegra spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474 dokonał w siedzibie zamawiającego wglądu do ofert złożonych w postępowania w tym do oferty MATIC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A (wykonawca wybrany, przystępujący) – bez wglądu do części oferty firmy MATIC, która została oznaczona przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tym samym dniu zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy MATIC.

W dniu 9 maja 2014r. odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności oraz zaniechań zamawiającego polegających na:

- a) zaniechaniu udostępnienia przez zamawiającego pełnej treści oferty złożonej przez wykonawcę wybranego,
- b) utajnieniu części oferty złożonej przez wykonawcę wybranego,
- c) wyborze oferty najkorzystniejszej w warunkach naruszenia zasady jawności postępowania.

Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 9 maja 2014r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) przez utajnienie części oferty wykonawcy

wybranego oraz zaniechanie udostępnienia pełnej treści tej oferty odwołującemu przez co zamawiający uchybił zasadzie jawności postępowania;

b) art. 8 ust. 3 ustawy przez bezpodstawne uznanie, iż nie ujawniona część oferty wykonawcy wybranego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa;

c) art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 ze zm.) przez uznanie, iż zastrzeżona część oferty wykonawcy wybranego, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu tego przepisu;

d) art. 7 ust. 1 ustawy przez uchybienie zasadom wskazanym w tym przepisie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) udostępnienia odwołującemu pełnej treści oferty wykonawcy wybranego,

c) ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu złożył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. Ponadto w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to odwołujący miałby możliwość zapoznania się z pełną treścią oferty wykonawcy wybranego przez co uzyskałby możliwość kontroli tej oferty pod kątem jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Ewentualne wykazanie uchybień oferty wykonawcy wybranego mogłoby, w przypadku jej odrzucenia, skutkować wyborem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Poprzez wskazane powyżej wadliwości procedury, zamawiający pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. W rezultacie odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

W uzasadnieniu podał, że zamawiający w dniu 30.04.2014r. na swojej stronie internetowej zamieścił zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę wybranego. Oferta złożona przez odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji,

W dniu 25.04.2014 r. odwołujący uzyskał dostęp do akt postępowania i zapoznał się z ofertą wykonawcy wybranego. W punkcie 13 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) wykonawca wybrany oświadczył, iż zastrzega informacje zawarte na stronach nr 2 i 3 formularza ofertowego, które stanowią odpowiednio 24 i 25 stroną oferty tego wykonawcy, ponieważ stanowią one informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ofercie wybranej, która została udostępniona Odwołującemu jedyną informacją, która została utajniona (poprzez jej zakrycie) jest informacja o typie, modelu i nazwie producenta urządzenia do wirtualizacji pamięci masowej. W pozostałym zakresie zamawiający

udostępnił Odwołującemu ofertę wybraną pozostawiając również jawną informację o typie, modelu i nazwie biblioteki taśmowej zaoferowanej przez wykonawcę wybranego.

Nie będąc pewnym, czy zamawiający nie popełnił omyłki, odwołujący zwrócił się ponownie do zamawiającego pismami z dnia 30.04.2014 r. oraz 05.05.2014 r. o udostępnienie pełnej treści oferty wykonawcy Matic. Pismem zamawiającego z dnia 06.05.2014r. odwołujący poinformowany został, że zamawiający przychylił się istotnie do żądania wykonawcy wybranego i utajnił wskazaną powyżej informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

Odwołujący kwestionuje decyzję zamawiającego w przedmiocie utajnienia części oferty wybranej. Podnosi przede wszystkim, iż jawność postępowania jest naczelną zasadą reżimu zamówień publicznych, od której odstępstwa muszą być w szczególny sposób uzasadnione. Pozostali wykonawcy są uprawnieni do weryfikacji i jednocześnie kontroli pozostałych wykonawców m.in. w zakresie zgodności ich oferty z SIWZ. Kontrola i weryfikacja wykonywana przez zamawiającego nie zawsze jest wystarczająca i zapewne pożądanym jest udział w tym procesie innych wykonawców, którzy są profesjonalistami w swojej dziedzinie i mogą wesprzeć zamawiających w podjęciu prawidłowej decyzji. Odwołujący podkreślił, iż nie posiadając informacji o tym jakie konkretnie urządzenie zostało zaoferowane zamawiającemu w punkcie „Urządzenie do wirtualizacji pamięci masowej”, nie ma możliwości zweryfikowania, czy urządzenie to odpowiada rzeczywiście na wymogi postawione w siwz.

W odniesieniu do terminu wniesienia odwołania odwołujący podniósł, iż dopiero wraz z zawiadomieniem o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dał wyraz swojej decyzji odnośnie utajnienia części oferty wybranej. Odwołujący nie dokonywał wglądu w akta postępowania przed rozstrzygnięciem postępowania przez zamawiającego, a więc nie miał wcześniej świadomości, iż po pierwsze wykonawca wybrany zażądał utajnienia części oferty, a po drugie, iż zamawiający przychylił się do tego żądania. Argumentacja odwołującego w tym przedmiocie, w jego ocenie, znajduje wsparcie chociażby w orzeczeniu KIO z dnia 07.12.2012r. w sprawie sygn. akt KIO 2597/12:

Odwołujący ponadto podniósł, że zastrzeżona przez wykonawcę wybranego informacja nie może być uznana za mającą szczególny charakter oraz zawierającą niepowtarzalne dane tego przedsiębiorcy o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, czy też dane znane tylko temu wykonawcy. Zastrzeżenie tej informacji powinno być raczej ocenione jako próba uniemożliwienia odwołującemu dokonania oceny oferty konkurencyjnej.

Odwołujący spostrzegł, iż lista oferowanych urządzeń została przygotowana ściśle według wzoru podanego przez zamawiającego. Na podstawie precyzyjnego opisu wymagań odnośnie zamawianych urządzeń jedynym wkładem ze strony wykonawców było uzupełnienie tabeli o producenta, model i typ oferowanego produktu. Zamawiający nie

pozostawił więc wykonawcom dowolności w konfiguracji oferowanych urządzeń i doboru parametrów sprzętu. W świetle takiej konstrukcji siwz informacja, którą zastrzegł wykonawca wybrany nie może stanowić tajemnicy jego przedsiębiorstwa, albowiem zastrzeżone informacje nie są niepowtarzalne, indywidualne, ani nie mają charakteru know-how. Ze względu na to, iż zamawiający dokonał szczegółowego opisu parametrów zamawianych urządzeń, to oferta nie obejmuje w tym zakresie poufnych rozwiązań technicznych, czy technologicznych, albowiem rozwiązania są jednakowe dla wszystkich ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa informacja o producencie, czy modelu oferowanego urządzenia, bowiem zarówno producenci tych urządzeń jak i sprzęt przez nich oferowany są powszechnie znani, a specyfikacje techniczne urządzeń produkowanych przez potencjalnych producentów są dostępne wszystkim na stronach internetowych tych producentów. Poza tym wykonawca wybrany nie jest producentem oferowanego sprzętu, a jedynie jego nabywcą w związku z czym informacja o producencie i modelu urządzenia produkowanego przez podmiot trzeci nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy wybranego. Na poparcie swego stanowiska powołał wyroki KIO z dnia 07.06.2013r. w sprawie sygn. akt KIO 1239/13; z dnia 30.10.2013r. w sprawie sygn. akt KIO 2398/13; z dnia 12.01.2011r. w sprawie sygn. akt KIO 2793/10.

Odwołujący podniósł, iż konsekwencją przyjęcia zasady jawności postępowania za jedną z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest także to, że wszystkie wyjątki i odstępstwa od tej zasady nie mogą być interpretowane rozszerzająco i muszą być rozumiane ściśle.

Wskazał na brak konsekwencji po stronie wykonawcy wybranego, a konsekwencji i zamawiającego. Zgodnie bowiem z wnioskiem utajnione miały być strony 24 i 25 oferty w całości. W zakresie nieutajnienia treści tabeli stanowiącej załącznik nr 2 do siwz decyzja zamawiającego jest oczywista, bowiem treść ta została przygotowana przez samego zamawiającego, a zatem nie może stanowić tajemnicy żadnego z oferentów. Natomiast niezrozumiałą jest finalny wniosek wykonawcy wybranego o utajnienie jedynie modelu i nazwy producenta w odniesieniu do urządzenia do wirtualizacji pamięci masowej z jednoczesną rezygnacją z utajnienia typu, modelu oraz nazwy producenta drugiego z oferowanych urządzeń tj. biblioteki taśmowej. W konsekwencji zamawiający utajnił typ, model oraz nazwę producenta jednego z zaoferowanych przez wykonawcę wybranego urządzeń (urządzenia do wirtualizacji pamięci masowej) natomiast udostępnił typ, model oraz nazwę producenta drugiego z zaoferowanych urządzeń tj. biblioteki taśmowej (3573, L4U, IBM TS3200 Tape Library).

W dniu 9 maja 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 maja 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca MATIC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a odwołujący domaga się unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawca wybrany podtrzymał zasadność objęcia części własnej oferty tajemnicą przedsiębiorstwa i wniósł o jej nieujawnianie z przyczyn wyjaśnionych zamawiającemu. Zgłoszenie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 12 maja 2014r., na dowód czego załączono potwierdzenia otrzymania.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. z załącznika nr 2 do siwz – formularza oferty, oferty firmy MATIC sp. z o.o., wezwania MATIC do złożenia wyjaśnień w zakresie podstaw utajnienia części oferty, wyjaśnień MATIC, pisma MATIC z dnia 19 maja 2014r. oraz informację do odwołującego dotyczącą udostępnienia pełnej treści oferty MATIC znak 1117/14 i 1123/14 oraz korespondencji pomiędzy przystępującym, a producentem.

W załączniku nr 2 do siwz zamawiający zawarł tabelę, w której wskazał i ściśle określił nazwy parametrów oraz opis wymaganego parametru oraz oczekiwał od wykonawców wypełnienia kolumny „Oferowane parametry (kolumnę wypełnia Wykonawca” oraz podania typu, modelu i producenta.

Na str. 23 oferty przystępujący zastrzegł, że kolejne strony oferty tj. 24 i 25 stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 17 kwietnia 2014r. zamawiający poinformował przystępującego, że odtajnia zastrzeżone informacje zawarte na stronach 24 i 25 oferty wskazując jednocześnie, dlaczego tych danych nie uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 17 kwietnia 2014r. przystępujący wniósł o utrzymanie niejawności informacji zawartych na stronach 24 i 25, gdyż producent zaoferowanego rozwiązania nie informował o nim w ogólnie dostępny sposób, a polscy partnerzy handlowi producenta zostali zobowiązani do zachowania poufności do momentu oficjalnego ogłoszenia produktu przez producenta. Ujawnienie tajemnicy przez przystępującego może wiązać się z zerwaniem współpracy przez producenta. Jednocześnie możliwość zaoferowania tego rozwiązania tylko i wyłącznie

zamawiającemu została nadana przystępującemu przez akceptację określonych struktur producenta, na dowód czego przystępujący załączył kopię pisma producenta.

W dniu 23 kwietnia 2014r. zamawiający stwierdził, że uznaje argumenty przystępującego w zakresie zasadności zastrzeżenia informacji w zakresie zaoferowanego urządzenia do wirtualizacji pamięci masowej wskazanych w wierszu pierwszym tabeli formularza ofertowego, natomiast wezwał do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia w zakresie zaoferowanej biblioteki taśmowej jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 25 kwietnia 2014r. przystępujący stwierdził, że jego intencją było zachowanie poufności nazwy producenta, typu i modelu oferowanego przez niego urządzenia do wirtualizacji pamięci masowej i zgodził się na odtajnienie informacji zawartych na str. 25 oraz na str. 24 z wyjątkiem wiersza pierwszego zawierającego nazwę producenta, typ, model oferowanego urządzenia do wirtualizacji pamięci masowej.

W dniu 19 maja 2014r. przystępujący złożył zamawiającemu pismo, że w związku z otrzymaną od producenta korespondencją dotyczącą urządzenia do wirtualizacji pamięci masowej ujawnia w całości treść złożonej w przedmiotowym postępowaniu oferty. W załączeniu złożył korespondencję elektroniczną pomiędzy nim, a producentem, z której wynika, że w dniu 6 maja 2014r. oferowane przez przystępującego urządzenie zostało publicznie ogłoszone i produkt uzyskał nazwę handlową, oraz nie podlega już tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 19 maja 2014r. zamawiający napisał do odwołującego, że w związku z pismem przystępującego udostępni pełną treść oferty przystępującego i w załączeniu przesłał str. 24 formularza ofertowego przystępującego oraz kopię pisma przystępującego.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która nie została przez zamawiającego odrzucona domaga się zaś udostępnienia mu tajnej części oferty przystępującego. Uwzględnienie odwołania umożliwi odwołującemu rzeczywistą kontrolę prawidłowości czynności zamawiającego związanych z oceną ofert, a w konsekwencji może prowadzić do wzruszenia wyniku niniejszego postępowania i uzyskania



zamówienia przez odwołującego. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wyczerpana.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy przez utajnienie części oferty wykonawcy wybranego oraz zaniechanie udostępnienia pełnej treści tej oferty odwołującemu przez co zamawiający uchybił zasadzie jawności postępowania oraz art. 8 ust. 3 ustawy przez bezpodstawne uznanie, iż nie ujawniona część oferty wykonawcy wybranego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 ze zm.) przez uznanie, iż zastrzeżona część oferty wykonawcy wybranego, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu tego przepisu

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Art. 8 ust.1 ustawy stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Zasada ta jednak doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w tej ustawie tj. wynikających z art. 8 ust. 3 i 4 ustawy. Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne znaczenie ma wyjątek od zasady jawności opisany w ust. 3 art. 8 ustawy czyli zakazu ujawnienia 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. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy zawiera także zakaz zastrzegania informacji takich jak: nazwy (firmy) wykonawców oraz ich adresy, cena, termin wykonania zamówienia, okres gwarancji i warunki płatności, które nawet gdyby na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być zastrzeżone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Bezsporne, że informacja o typie modelu i producencie urządzenia do wirtualizacji pamięci masowej nie jest informacją, o której mowa w art. 86 ust. 4 ustawy, zatem może być zastrzeżona przez wykonawcę pod warunkiem, że spełnia przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przesłankami tymi są :

- rodzaj informacji : informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą
- fakt jej nieujawnienia do wiadomości publicznej
- działania przedsiębiorcy zmierzające do zachowania poufności.

W ocenie Izby przystępujący w piśmie z dnia 17 kwietnia 2014r. zaistnienie wszystkich tych przesłanek wykazał i udowodnił, zaś zamawiający prawidłowo ocenił te wyjaśnienia.

Z wyjaśnień wynika bowiem, że producent IBM zamierza wprowadzić na rynek nowe urządzenie do wirtualizacji pamięci masowej w dniu 6 maja 2014r. Do tego czasu zobowiązał

swoich partnerów handlowych do zachowania poufności informacji o tym urządzeniu. W ocenie Izby, to o co zwiększa się asortyment danego producenta i w jakim momencie producent zamierza podać ten fakt do publicznej wiadomości ma wartość gospodarczą, zwiększenie bowiem asortymentu danego producenta o nowe czy zupgradowane urządzenia ma wpływ na jego pozycję na rynku zmieniając poziom jego konkurencyjności. Nawet jeśli dany nowy produkt posiada cechy wspólne z urządzeniami innych producentów, to nie oznacza to w ocenie Izby, że dodanie go do oferty konkretnego podmiotu nie może przedstawiać wartości gospodarczej, a to choćby z tego względu, że informacja ta będzie odbierana przez rynek także przez pryzmat renomy danego producenta. Moment zaś jego wprowadzenia może mieć znaczenia także jako informacja organizacyjna czy strategiczna dla danego przedsiębiorcy z uwagi na to jakie działania są podejmowane przez innych przedsiębiorców działających na tym samym rynku, czy też dla prowadzenia kampanii reklamowej, czy wreszcie ujawnienia produktu w ramach znaczących wystaw czy targów. Te wszystkie okoliczności mogą wywierać rzeczywisty wpływ na ocenę nowowprowadzanego produktu na rynku, a to z kolei może przełożyć na wielkość zapotrzebowania na dany produkt czyli wprost na zysk z jego sprzedaży. W tej sytuacji w ocenie Izby rację należy przyznać zamawiającemu, że istotną wartość gospodarczą ma fakt, że zaoferowano mu nowy produkt nie obecny jeszcze na rynku. Izba nie podziela natomiast stanowiska odwołującego, że skoro zamawiający opisał parametry żądanego urządzenia, to jego typ i model nie może być objęty tajemnicą i nie może dotyczyć prototypu. Izba pragnie bowiem zwrócić uwagę, że zamawiający opisał w formularzu ofertowym parametry wymagane przez siebie, a odwołujący nie wykazał, że są to wszystkie parametry, jakimi charakteryzuje się każde urządzenie do wirtualizacji pamięci masowej. W ocenie Izby nie jest wykluczone, że poszczególne urządzenia różnych producentów różnią się pomiędzy sobą określonymi parametrami technicznymi czy funkcjonalnościami, których zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wymagał. Nadto nawet znane i dostępne powszechnie na rynku urządzenie może być zastosowane do rozwiązania nowatorskiego. W tej sytuacji ocena prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa każdorazowo powinna uwzględniać zaistniały w danej sprawie stan faktyczny i wyjaśnienia wykonawcy dokonującego zastrzeżenia tajemnicy. W niniejszym postępowaniu Izba jak już wskazano wyżej podzieliła stanowisko zamawiającego i uznała je za udowodnione korespondencją przystępującego z producentem, że zastrzeżona informacja ma wartość gospodarczą. Również te właśnie dowody, którym odwołujący nie przeczył, w ocenie Izby wiarygodnie wskazują, że informacja nie została podana do publicznej wiadomości. Zaś fakt, że wykonawca wydzielił część swojej oferty i oznaczył ją jako tajemnica przedsiębiorstwa, a następnie stanowczo oponował wobec pisma zamawiającego z 17 kwietnia 2014r. o odtajnieniu tajemnicy stanowią dowód na to, że poczynił starania celem zachowania informacji w poufności.

Okoliczności te stanowią zatem wypełnienie wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaś wskazanie informacji i jej zastrzeżenie zostały zamawiającemu podane w ofercie w chwili jej złożenia, tj. do upływu terminu składania ofert, a to w konsekwencji oznacza, że ziścił wyjątek od zasady jawności opisany w art. 8 ust. 3 ustawy. Tym samym Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez uchybienie zasadom wskazanym w tym przepisie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wobec nie dopatrzenia się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba nie stwierdziła także naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający szczegółowo badał podstawy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego i prawidłowo ocenił skuteczność zastrzeżenia tym samym nie ograniczył odwołującego w jego prawie do kontroli prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w inny sposób niż zgodny z przepisami ustawy – art. 8 ust. 2 ustawy. W tej sytuacji nie doszło do nierównego traktowania wykonawców, ani naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu i nakazując odwołującemu zwrot kosztów poniesionych przez zamawiającego w postaci kosztów zastępstwa prawnego na podstawie złożonego przez zamawiającego rachunku.

**Przewodniczący:** .....