

Sygn. akt: KIO 1201/17

WYROK

z dnia 30 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 12 czerwca 2017 r. przez **wykonawcę O. P. S. A. z siedzibą w W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Centrum Informatyki Statystycznej w W.**

przy udziale **wykonawcy N. S. A. z siedzibą w W.** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznania za bezskuteczne zastrzeżenia - wykonawcy N. S. A. z siedzibą w W. - jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści oferty w zakresie zaoferowanych urządzeń – routerów C. (tabela w Pkt 8 Formularza Oferty)**
2. **Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Centrum Informatyki Statystycznej w W. i:**
 - 1) **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę O. P. S. A. z siedzibą w W. tytułem wpisu od odwołania;**

- 2) zasądza od **Zamawiającego: Centrum Informatyki Statystycznej w W.** na rzecz wykonawcy **O. P.S. A. z siedzibą w W.** kwotę **15.000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Informatyki Statystycznej w W. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 10 kwietnia 2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 kwietnia 2017 r. pod numerem 2017/S 073-139474.

Wykonawca O. P. S. A. z siedzibą w W. (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 12 czerwca 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie odtajnienia zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa oferty wykonawcy N. S. A. z siedzibą w W. (tabela w Pkt 8 Formularza Oferty), zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia zastrzeżonej części oferty (w zakresie zaoferowanych urządzeń – routerów C. - tabela w Pkt 8 Formularza Oferty) wykonawcy N. S. A. z siedzibą w W..

Zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych – przez wykonawcę N.S. A. z siedzibą w W. - jako tajemnica przedsiębiorstwa stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę O. P. S. A. z siedzibą w W..

Zamawiający pismem z dnia 20 czerwca 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy N. S. A. z siedzibą w W. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu

na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 14 czerwca 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 14 czerwca 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca N. S. A. z siedzibą w W..

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy N. S. A. z siedzibą w W. (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS”*.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. E. S. A. z siedzibą w W.,
2. O. P. S. A. z siedzibą w W.,
3. N. S. A. z siedzibą w W.,
4. T-M. P. S. A. z siedzibą w W..

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania, pkt 12 Zestawienie ofert, str. 7/.

Wykonawca O. P. S. A. z siedzibą w W. w dniu 1 czerwca 2017 r. złożył do Zamawiającego wniosek o udostępnienie do wglądu protokołu wraz z ofertami:

/dokumentacja postępowania: Wniosek wykonawcy O. P. S. A. z siedzibą w W./.

Zamawiający w dniu 9 czerwca 2017 r. w odpowiedzi na prośbę o udostępnienie dokumentacji postępowania przekazał skany ofert (z wyłączeniem części zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa).

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Zamawiającego z dnia 9 czerwca 2017 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca O. P. S. A. z siedzibą w W. wniósł odwołanie w dniu 12 czerwca 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy O. P. S. A. z siedzibą w w. z dnia 12 czerwca 2017 r. /.

Wobec wniesionego odwołania wykonawcy O. P. S. A. z siedzibą w W. Zamawiający nie dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu.

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania, pkt 18 Najkorzystniejsza oferta, str. 8/.

Pismem z dnia 20 czerwca 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 20 czerwca 2017 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy N. S. A. z siedzibą w w. (w zakresie zaoferowanych urządzeń – routerów C. - tabela w Pkt 8 Formularza Oferty) - jest zasadny.

Na wstępie należy zauważyć, że obecnie obowiązujący przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp od 19 października 2014 r. przewiduje obowiązek wykonawcy do wykazania, iż zastrzegana informacja stanowi rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa. Wcześniejsze brzmienie tego przepisu powodowało, że w razie zastrzeżenia - dana informacja była uznawana za tajemnicę. W uzasadnieniu ustawy nowelizującej art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazywano: „*mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym*

dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych" (druk sejmowy nr 1653).

Zatem do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert a także jednocześnie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że to na wykonawcy zastrzegającego taką informację spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia, i uczynić powyższe należy jednocześnie z samym zastrzeżeniem – nie czekając na decyzję i ewentualne wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Ciężar wykazania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jednoznacznie spoczywają na wykonawcy zastrzegającego takie informacje i powyższe wykonawca musi uczynić do upływu terminu składania ofert/wniosków, nie czekając na ewentualne wezwania Zamawiającego, to wykonawca składający ofertę musi udowodnić – razem ze złożonym zastrzeżeniem – że istnieją podstawy do nieujawniania informacji zawartych w ofercie.

W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawcy N. S. A. z siedzibą w W. dotyczące zastrzeżenia części oferty (w zakresie zaoferowanych urządzeń – routerów C. - tabela w Pkt 8 Formularza Oferty) jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie są w ocenie Izby wystarczające. Wykonawca N. S. A. z siedzibą w W. nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby złożone przez wykonawcę N. S. A. z siedzibą w W. wyjaśnienia są lakoniczne, ogólne, nie wskazują na okoliczności szczególne, które miałyby decydować o objęciu tabeli - w Pkt 8 Formularza Oferty ochroną. Wykonawca na poparcie swojego stanowiska przywołuje jedynie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, co w ocenie Izby należy uznać za niewystarczające.

W ocenie Izby treść tych wyjaśnień nie zawiera odniesienia do konkretnych umów czy też postanowień umownych. Dowody przedłożone na rozprawie w tym zakresie, powinny być przedłożone Zamawiającemu w toku prowadzonego przez niego postępowania. I chociaż formalnie, Izba zaliczyła ten dowody w poczet materiału dowodowego, to jednak nie może mieć to żadnego wpływu na ocenę zasadności objęcia przez wykonawcę określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponadto sama treść zastrzeżonego formularza niewątpliwie wskazuje, że wykonawca niezasadnie dokonał niniejszego zastrzeżenia.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że wykonawca N. S. A. z siedzibą w W. nie podjął wszystkich niezbędnych działań uprawniających go do zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa. Przede wszystkim zgodzić należało się z Odwołującym, że wątpliwy – w tym stanie faktycznym – jest technologiczny charakter zastrzeżonych informacji. Nie ulega wątpliwości, że wykonawcy mieli podać urządzenie, z którego Zamawiający będzie korzystał. Przedmiotem zamówienia było standardowe rozwiązanie, nie zaś rozwiązanie technologiczne o wyjątkowym charakterze. Wskazane urządzenie miało spełniać określone parametry przewidziane przez Zamawiającego w punkcie 9 i 10 Załącznika nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia). Ponadto Odwołujący otrzymał od Zamawiającego obecną konfigurację urządzeń z którą się zapoznał. Zatem Zamawiający określił precyzyjnie w SIWZ wszystkie swoje wymagania, biorąc pod uwagę również opis zamówienia otrzymanej konfiguracji.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że celem tego zastrzeżenia było to, aby inni wykonawcy nie mogli zweryfikować, czy złożona oferta przez wykonawcę N. S. A. z siedzibą w W. spełnia wymagania Zamawiającego i czy jest zgodna z postanowieniami SIWZ. Zgodzić należało się również, że w tym przypadku nie mamy do czynienia ze sposobem produkcji, wyjątkową sytuacją. Nie ulega wątpliwości, że spór ten dotyczy seryjnego urządzenia powszechnie dostępnego na rynku, co w ocenie Izby nie może uprawniać wykonawcę do dokonania takiego zastrzeżenia. Zatem żadna z wymaganych - celem zastrzeżenia - przesłanek nie została wykazana i spełniona, a złożone na rozprawie dowody potwierdzające (w ocenie Przystępującego), że informacje te nie zostały w żaden sposób upublicznione powinny zostać złożone przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami niniejszego zastrzeżenia.

W konsekwencji, wobec potwierdzenia się zarzutów wniesionego odwołania (oraz niedokonania przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty) Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznania za bezskuteczne zastrzeżenia - wykonawcy N. S. A. z siedzibą w W. - jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści oferty w zakresie zaoferowanych urządzeń – routerów C. (tabela w Pkt 8 Formularza Oferty).

Wobec powyższego, mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega uwzględnieniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do

jego wyniku, zaś zgodnie z rozporządzeniem 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 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu w kwocie 15.000 zł.

Przewodniczący:

.....