

WYROK

z dnia 15 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2014 r. przez Odwołującego – **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-217), przy ul. Kolejowej 5/7**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Prokuraturę Generalną, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie (70-486), przy ul. Królowej Korony Polskiej 21, iCreato sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-737), przy ul. Niedźwiedziej 29b,**
 - B. wykonawcy **COMP S.A. z siedzibą w Warszawie (02-230), przy ul. Jutrzenki 116,**
 - C. wykonawcy **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (31-864), przy ul. Jana Pawła II 41g,**
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-217), przy ul. Kolejowej 5/7** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-217), przy ul. Kolejowej 5/7** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 – Prokuratura Generalna, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę, montaż w szafie rack i uruchomienie serwerów, sprzętu komputerowego, skanerów i urządzeń sieciowych w ramach realizacji projektu „Wdrożenie systemu digitalizacji akt postępowań przygotowawczych oraz utworzenie lokalnych i centralnego repozytorium akt w postaci cyfrowej w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury” (znak sprawy: PG XF 292/44/13), zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą PZP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2013 r. pod numerem 2013/S 249-434872. Termin składania ofert upływał w dniu 30 stycznia 2014 r.

W dniu 17 marca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-217), przy ul. Kolejowej 5/7 (dalej: „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 Ustawy PZP poprzez bezzasadną odmowę udostępnienia części ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Unizeto Technologies S.A., iCreato sp. z o.o. oraz wykonawców Comp S.A. i Comarch Polska S.A., na skutek błędnego uznania przez Zamawiającego, że zachodzą przesłanki do skutecznego utajnienia części informacji znajdujących się w zastrzeżonych ofertach, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W świetle powyższego zarzutu Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu odtajnienie w ofertach złożonych przez ww. wykonawców następujących dokumentów:

1. Wykazu wykonanych dostaw potwierdzających spełnienie warunków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w zakresie zamówień zdobytych na rynku zamówień publicznych;
2. Poświadczeń potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie wykonanych dostaw w zakresie zamówień zdobytych na rynku zamówień publicznych;
3. Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego część załącznika nr 7 do SIWZ (dalej: „OPZ”);
4. Szczegółowej specyfikacji technicznej stanowiącej część załącznika nr 7 do SIWZ (dalej: „SST”).

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem, o którym mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Ustawy PZP, bowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w zarzutach odwołania przepisów Ustawy PZP poniósł on szkodę w uzyskaniu zamówienia. W przypadku gdyby Zamawiający działał zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych, Odwołujący mógłby zweryfikować całość informacji w ofertach złożonych przez wskazanych powyżej wykonawców i w przypadku stwierdzenia naruszeń Ustawy PZP skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Jednocześnie – na co zwrócił uwagę Odwołujący – brak wniesienia odwołania w terminach określonych w art. 182 Ustawy PZP skutkuje niemożnością podnoszenia zastrzeżeń zgłaszanych we wniesionym odwołaniu na późniejszym etapie Postępowania. Odwołujący dodał, że brak złożenia odwołania na obecnym etapie Postępowania uniemożliwia złożenie odwołania w przedmiotowym zakresie po wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający utrudnił Odwołującemu możliwość uzyskania niniejszego zamówienia, poprzez rażące naruszenie Ustawy PZP, które może skutkować unieważnieniem postępowania, uchylając jednocześnie zasadzie równego traktowania wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie oraz przygotowania i prowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 6 marca 2014 r. zapoznał się z treścią złożonych w Postępowaniu ofert, jednak Zamawiający – naruszając zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – nie udostępnił Odwołującemu wszystkich dokumentów złożonych wraz z ofertami wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Unizeto Technologies S.A., iCreato sp. z o.o. oraz wykonawców Comp S.A. i Comarch Polska S.A. uznając, że wskazane powyżej dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie mogą zostać udostępnione pozostałym wykonawcom, w tym Odwołującemu.

Stwierdził również, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doznaje wyjątków w sytuacjach przewidzianych przepisami Ustawy PZP. Taką regulacją jest art. 8 ust. 3 Ustawy PZP, odnoszący się do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą ZNK”. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 4 powołanego aktu normatywnego 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. W ocenie Odwoływającego Zamawiający winien dokładnie badać oferty pod kątem spełnienia przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 Ustawy ZNK oraz art. 8 ust. 3 Ustawy PZP, a uznając bezskuteczność poczynionego przez wykonawcę zastrzeżenia zobowiązany jest ujawnić nieskutecznie zastrzeżone dokumenty. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować wszelkich oświadczeń wykonawcy w przedmiocie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składanych wraz z ofertą dokumentów.

Odwoływający – powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego – wyliczył przesłanki uzasadniające uznanie konkretnej informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa i dokonał ich teoretycznego omówienia. W związku z tym doszedł on do przekonania, że informacje zastrzeżone przez wzmiankowanych wcześniej wykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, chociażby z uwagi na niespełnienie warunku polegającego na nieujawnianiu ich do wiadomości publicznej oraz warunku posiadania charakteru technicznego, technologicznego, handlowego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa.

W nawiązaniu do powyższego Odwoływający stwierdził, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być objęty wykaz zrealizowanych dostaw, gdyż potwierdza jedynie spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Warunek ten jest jawny i został podany do wiadomości publicznej w treści SIWZ i ogłoszeniu. Wskazany wykaz ze swej istoty, nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż jest opracowywany na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje zawarte przez Zamawiającego w treści SIWZ, a więc jawne. Tym samym jeżeli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Unizeto Technologies S.A., iCreato sp. z o.o. oraz wykonawcy Comp S.A. i Comarch Polska S.A. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu wykazali się realizacją dostaw na rzecz podmiotów należących do sektora publicznego, co do których obowiązuje zasada jawności wynikająca z art. 8 ust. 1

Ustawy PZP, to w żadnym razie informacje dotyczące tych zamówień nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca wykazując w wykazie daną dostawę zobowiązany był bowiem podać informacje dotyczące wartości realizowanego projektu, przedmiotu zamówienia, czy terminu jego realizacji.

Odwołujący podkreślił, że zarówno wykaz zrealizowanych dostaw, jak i referencje związane z wykonanymi zamówieniami publicznymi mają charakter informacji publicznej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.2001.112.1198 ze zm.), zwanej w dalszej części „Ustawą DIP”, podczas gdy jednym z kryteriów uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest to, aby informacja miała charakter informacji poufnej. Informacje o wykonanych zamówieniach publicznych oraz dokumenty potwierdzające wykonanie zamówień publicznych nie mogą więc być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji stwierdzić należy, iż w sytuacji, gdy w części niejawniej oferty któregośkolwiek z wymienionych wykonawców, znajdują się informacje o wykonanych zamówieniach publicznych lub dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, to informacje takie (poszczególne wiersze tabeli wykazu) oraz poświadczenia (np. referencje) powinny zostać odtajnione. Uznanie w tym zakresie działań Zamawiającego za prawidłowe prowadziłyby do sytuacji, w której każdy z wykonawców mógłby zastrzegać wszystkie dokumenty składane w Postępowaniu.

Odwołujący wywiódł również, że zarówno OPZ, jak i SST zawierająca jedynie wykaz oferowanego sprzętu wraz z nazwą, modelem, producentem, użytym oprogramowaniem standardowym oraz parametrami technicznymi nie mogą być one uznane za dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podał, że przy wypełnieniu przygotowanej przez Zamawiającego tabeli zawierającej OPZ nie jest wymagane żadne działanie twórcze, ale sprawdzenie czy wybrany produkt spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Stwierdził przy tym, że oferowany sprzęt jest powszechnie dostępny w sprzedaży, a jego parametry techniczne są publikowane przez producentów w ulotkach, jak też na stronach internetowych jego producentów lub dystrybutorów. Odwołujący skonstatował, że skoro wspomniany dokument należało wypełnić nazwami sprzętu powszechnie dostępnego na rynku, to nie jest w stosunku do niego spełniona przesłanka uprzedniego nieujawniania informacji do wiadomości publicznej, przy jednoczesnym braku wartości technicznej, technologicznej, czy handlowej zawartych w nim informacji. Odwołujący stwierdził również, że wypełniony przez wykonawców OPZ nie jest przy tym utworem w rozumieniu prawa autorskiego, co jest – w jego ocenie – konieczne do uznania za potencjalny przedmiot objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zasygnalizował, że zestawienie wszystkich złożonych załączników nr 7 jest praktycznie podobne i nie można mówić o ich twórczym i oryginalnym charakterze oraz, że każdy model sprzętu i oprogramowania zaoferowany w poszczególnych ofertach objętych odwołaniem mógł być zaoferowany przez każdego wykonawcę. To, że zaoferowane sprzęt i oprogramowanie różni się między sobą nie wynika z ich twórczego (indywidualnego) charakteru, ale z faktu, że przedmiotowe wymagania Zamawiającego spełnia więcej niż jeden produkt, który w zależności od polityki biznesowej prowadzonej przez danego wykonawcę mógł być zaoferowany w ramach składanej oferty. W przedmiotowym postępowaniu przedmiot zamówienia nie obejmował budowy określonego autorskiego rozwiązania, a wręcz odwrotnie – przedmiotem zamówienia jest dostawa standardowego sprzętu i oprogramowania o określonych parametrach.

Odwołujący podkreślił również, że znaczna część informacji składająca się na utajniony w całości wypełniony OPZ nie mogła być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, ponieważ są to informacje wytworzone przez Zamawiającego, które wykonawcy do tego dokumentu jedynie kopiowali. W jego przekonaniu jeżeli tylko część informacji zawartych w tym dokumencie miała charakter niejawnny, to okoliczność ta nie uprawniała wykonawcy do zastrzeżenia dokumentu w całości. Zdaniem Odwołującego informacje niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa należało technicznie z tego dokumentu wydzielić i ujawnić.

Odwołujący dodatkowo zauważył, że zgodnie z projektem umowy załączonym do SIWZ wybrana przez Zamawiającego oferta stanowić będzie załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec powyższego stwierdził, że skoro tajemnica przedsiębiorstwa nie ma charakteru etapowego, a po zawarciu umowy zastrzeżone dotąd informacje, zawarte w wybranej ofercie, stracą przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie ujawnienie istotnej części umowy będzie stanowić naruszenie zasady jawności umów.

W złożonej dnia 9 kwietnia 2014 r. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

W pierwszeństwie Zamawiający stwierdził, że odmowa udostępnienia Odwołującemu części ofert złożonych przez wymienionych przezeń wykonawców dotyczyła tylko tych części ofert, co do których ww. dokonali skutecznego w ocenie Zamawiającego zastrzeżenia poufności określonych informacji. Podkreślił przy tym, że wspomnianą decyzję poprzedził wezwaniem wykonawców o wyjaśnienie przesłanek zastrzeżenia określonych informacji jako

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wnikliwą analizą otrzymanej w odpowiedzi argumentacji.

Zamawiający podał również w wątpliwość interes Odwołującego we wniesieniu odwołania stwierdzając, że powoływana przez stronę przeciwną niemożność dokonania pełnej oceny ofert wykonawców, którzy objęli określone informacje tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest kompetencją Odwołującego, ale Zamawiającego i – ewentualnie – Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO” lub „Izba”).

Zarzucił również Odwołującemu brak precyzji w sformułowaniu zarzutów odwołania wskazując na okoliczność nie podania, które konkretnie dokumenty w każdej z ofert zostały utajnione z naruszeniem przepisów Ustawy PZP i Ustawy ZNK. Odwołujący powołuje się bowiem ogólnikowo na konieczność ujawnienia zawartych w ofertach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Unizeto Technologies S.A., iCreato sp. z o.o. oraz wykonawców Comp S.A. i Comarch Polska S.A. dokumentów w postaci wykazu dostaw, referencji, OPZ i SST, nie wskazując jednak u którego z wykonawców jaki ze wspomnianych dokumentów został utajniony z naruszeniem wspomnianych przepisów. Co więcej, zarzut dotyczący każdego z dokumentów złożonych przez konkretnego wykonawcę wymaga odrębnego omówienia i uzasadnienia, albowiem każdy z tych dokumentów ma określone indywidualne cechy, nadane mu przez każdego z wykonawców, które mają decydujące znaczenie dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie zarzutu jest niezwykle istotne również z uwagi na fakt, iż w przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania przez Izbę, jest ona związana zarzutami – tymczasem sposób sformułowania zarzutów przez Odwołującego uniemożliwia, w ocenie Zamawiającego, wydanie wyroku, który nadawałby się do wykonania przez niego. Uprzedzając ewentualne twierdzenia Odwołującego, jakoby jego zarzut dotyczył w odniesieniu do każdego z wykonawców wszystkich czterech rodzajów dokumentów Zamawiający oświadczył, że byłaby to *de facto* zmiana zarzutu po upływie terminu na wniesienie odwołania, bowiem wykonawca COMP S.A. w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach wyraził zgodę na odtajnienie wykazu wykonanych dostaw wraz z dokumentami towarzyszącymi (referencjami). Gdyby zatem przyjąć, że zarzut dotyczy wszystkich czterech rodzajów dokumentów w odniesieniu do każdego z wykonawców, przynajmniej co do części zarzut ten jest bezzasadny, a odwołanie zasługuje na oddalenie.

Kolejno stwierdził Zamawiający, że żądania Odwołującego zawarte w treści odwołania ujawniają niekonsekwencję wynikającą z tego, że Odwołujący sam skutecznie

doprowadził do utajnienia części jego oferty (wykazu wykonanych dostaw oraz tzw. referencji).

Podobnie – zdaniem Zamawiającego – przedstawia się sytuacja w odniesieniu do OPZ i SST. Pierwotnie Odwołujący – dostrzegając unikatowy charakter przedstawionego zestawienia konkretnych urządzeń, ze wskazaniem ich konfiguracji, oraz indywidualnych parametrów – zażądał ich utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Obecnie zaś podnosi, że dokumenty te ze swej istoty tajemnicy przedsiębiorstwa stanowić nie mogą. Zamawiający zauważył, że fakt rezygnacji przez Odwołującego z zastrzeżenia poufności co do wspomnianych dokumentów nie dowodzi słuszności twierdzeń strony przeciwnej. Wskazuje on jedynie, że z nieznanym Zamawiającemu powodów, Odwołujący zrzekł się prawa do utajnienia OPZ i SST. Ustalenie co było powodem takiej decyzji jest bowiem bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, jako że rezygnacja Odwołującego z utajnienia dokumentów była jego autonomiczną decyzją, opartą na konkretnych okolicznościach dotyczących jego oferty, których to okoliczności nie można rozciągać na oferty złożone przez pozostałych wykonawców.

Powołując się na orzecznictwo sądu antymonopolowego i Izby Zamawiający stwierdził, że wykaz zrealizowanych dostaw zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ dotyczą one m.in. rynków zbytu, czy kontrahentów danego wykonawcy oraz że dopuszczalne jest utajnienie takiego wykazu w całości, pomimo tego iż niektóre z objętych nim informacji nie mają charakteru niejawnego. W tym kontekście, w ocenie Zamawiającego, nawet okoliczność, że niektóre zamówienia były realizowane w reżimie Ustawy PZP nie zmienia faktu, że pozostają one tajemnicą przedsiębiorstwa. Dodał również Zamawiający, że z uwagi na fakt posługiwania się przez niektórych wykonawców potencjałem podmiotów trzecich ujawnienie wykazów dostaw pociągnęłoby za sobą konieczność ujawnienia ich tożsamości. Zasygnalizował także, że uczynienie zadość temu żądaniu Odwołującego wymuszałoby ujawnienie także złożonego przezeń wykazu dostaw i referencji, jako że tylko takie działanie zgodne byłoby z zasadą równego traktowania wykonawców.

Co zaś dotyczy OPZ i SST Zamawiający stwierdził, że oferowany sprzęt komputerowy, którego dane i parametry miały zostać podane przez wykonawców może być może być poddawany różnym modyfikacjom oraz występować w zróżnicowanej konfiguracji, przez co fakt, iż dane urządzenie, pochodzące od konkretnego producenta i wskazane co do modelu, spełnia wymogi SIWZ, nie zawsze będzie informacją powszechnie znaną. Zamawiający stwierdził, że część oczekiwanych przezeń urządzeń nie występuje

w powszechnej konfiguracji, a więc możliwość jego modyfikacji nie jest powszechnie znana, i może stanowić przewagę konkurencyjną jednego z wykonawców.

Zamawiający zasygnalizował, że sprzęt komputerowy objęty przedmiotowym Postępowaniem oferowany jest przez co najmniej kilkudziesięciu producentów, z których każdy ma szeroką paletę modeli i wersji danego produktu, które dodatkowo mogą być w rozmaity sposób konfigurowane na indywidualne zamówienie klienta. Z powyższego wywiódł, że nie ma fizycznej możliwości, aby którykolwiek z wykonawców znał całą ofertę sprzętu oferowanego na rynku przez producentów, który spełnia (lub może spełniać) wymogi określone w SIWZ. Można założyć, że każdy z oferentów ma własne źródła zaopatrzenia, przy czym niekoniecznie musi mieć świadomość istnienia źródeł z których korzystają inni wykonawcy, jak również możliwości dostosowania danego urządzenia do wymogów SIWZ. Zamawiający podkreślił, że OPZ obrazuje nie tylko istnienie danego sprzętu o parametrach zgodnych z SIWZ, ale również źródła zaopatrzenia danego wykonawcy, dowodzi jego współpracy z danym producentem i jej zakresu (choćby w zakresie możliwości wprowadzenia modyfikacji), wskazuje na rozmaite możliwości skonfigurowania konkretnych urządzeń, składających się na przedmiot zamówienia – w sposób charakterystyczny dla danego wykonawcy.

W odniesieniu do twierdzenia, że po zawarciu umowy wypełniony OPZ będzie jawny, z uwagi na fakt, że stanowić będzie załącznik do zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający podniósł, że na obecnym etapie Postępowania nie jest wiadome, z którym z wykonawców zostanie zawarta umowy i czy Postępowanie w ogóle zakończy się jej zawarciem, zaś na chwilę obecną brak jest podstaw do odmówienia któremukolwiek z wykonawców ochrony informacji, które zastrzeżone zostały, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili: po stronie Odwołującego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Computex sp. z o.o. sp. k., Techsource sp. z o.o, natomiast po stronie Zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Unizeto Technologies S.A., iCreato sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący Konsorcjum Unizeto) oraz wykonawcy: COMP S.A. i Comarch Polska S.A. (dalej odpowiednio: „Przystępujący COMP” i „Przystępujący Comarch”). Przystępujący wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostały przystąpienia, wymagany przepisem art. 185 ust. 2 zd. pierwsze *in fine* Ustawy PZP.

Izba postanowiła jednak nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika – przystępującego po stronie Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Computex sp. z o.o. sp. k., Techsource sp. z o.o z uwagi na fakt, że do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie załączono dokumentów potwierdzających uprawnienie osoby, która podpisała to oświadczenie (Pan A..... P.....) do występowania w imieniu ww. wykonawców w postępowaniu toczącym się przed Izbą (umowy konsorcjum lub chociażby pełnomocnictwa członka konsorcjum do reprezentowania jego interesów w postępowaniu odwoławczym, dokumentu pełnomocnictwa lub innego dokumentu zawierającego umocowanie Pana A..... P..... do składania oświadczeń woli i działania w imieniu i na rzecz wykonawców tworzących konsorcjum).

Na rozprawie przed Izbą strony i uczestnicy postępowania odwoławczego podtrzymali stanowiska zajęte w złożonych pismach procesowych.

Odwołujący dodatkowo argumentował, że w szeregu zapisów OPZ (m.in. pkt 1 – Serwer, L.p. 17 – Gwarancja, pkt 2 i 3 – Komputer stacjonarny typ I i II, L.p. 20 – Gwarancja, odpowiednio str. 5, 11, 16 OPZ, w aktach sprawy) znajdują się stwierdzenia, że oferowany sprzęt musi pochodzić z oficjalnych kanałów sprzedaży i być objęty gwarancją producenta. Takie zapisy implikowały – w jego ocenie – następujące konsekwencje: po pierwsze – sprzęt ów musi być powszechnie dostępny (osiągalny dla każdego zainteresowanego, innymi słowy – musi znajdować się w powszechnej ofercie handlowej producenta), a – po drugie – jego parametry muszą być typowe, bowiem jakkolwiek ich modyfikacja (rekonfiguracja) powodowałaby pozbawienie odbiorcy tych urządzeń gwarancji producenta. Natomiast na potwierdzenie okoliczności, że informacje o oferowanym przez przystępujących sprzęcie komputerowym są powszechnie dostępne Odwołujący złożył dowód w postaci tabelarycznego zestawienia modeli sprzętów (wraz z nazwami ich producentów), jakie przypuszcza, że zaoferowali przystępujący (dokument pn.: „Zestawienie modeli spełniających wymagania wskazane w SIWZ”). Swoje podejrzenie oparł na okoliczności, że Zamawiający w taki sposób wyspecyfikował wymagania dotyczące ujętych w tabeli urządzeń, że w niektórych pozycjach chodzić mogło li tylko o jeden konkretny model urządzenia, w innych zaś – maksymalnie o 2-4 modele różnych producentów.

Zamawiający wywodził natomiast uzupełniająco, że pojęcia oficjalnego kanału sprzedaży nie należy odnosić do powszechności określonych rozwiązań technicznych, ale do „kierunku organizacyjnego transakcji sprzedaży”. Nie jest również argumentem

przemawiającym za trafnością stanowiska Odwołującego zapis dotyczący gwarancji producenta, bowiem nawet zmiana konfiguracji parametrów sprzętu w drodze indywidualnego dopasowania jego części do potrzeb Zamawiającego (zestawienia komponentów – jak stwierdził Przystępujący Konsorcjum Unizeto – dokonywać będzie producent, a nie wykonawca), nie niweczy uprawnień wynikających z gwarancji producenta. Zamawiający podkreślił również, że w niniejszej sprawie, w odniesieniu do OPZ i SST, nie chodzi tyle o wiedzę o określonych modelach urządzeń, ile o znajomość ich prawidłowego zestawienia i skonfigurowania w spójną funkcjonalną całość, która to wiedza jest elementem *know-how* każdego z wykonawców i zasługuje na ochronę jawności.

Przystępujący po stronie Zamawiającego podzielili jego argumentację wywiedzioną tak w pismach procesowych, jak i na rozprawie, odwołując się dodatkowo do treści wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia informacji, których ujawnienia domaga się Odwołujący, złożonych w odpowiedzi na pisemne wezwanie Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, w tym złożony przez Odwołującego na rozprawie dowód w postaci dokumentu pn.: „Zestawienie modeli spełniających wymagania wskazane w SIWZ”, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących zawarte w odwołaniu i pismach zawierających zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I. Interes Odwołującego we wnoszeniu środka ochrony prawnej:

Izba w pierwszej kolejności zbadała, czy Odwołujący spełnił przesłanki wynikające z przepisu art. 179 ust. 1 Ustawy PZP, zwłaszcza wobec zarzutów zgłoszonych zarówno przez Zamawiającego, jak i Przystępującego Konsorcjum Unizeto, dotyczących braku interesu Odwołującego.

Zgodnie ze wzmiankowaną powyżej regulacją odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy PZP.

Rację miał Zamawiający wskazując w treści odpowiedzi na odwołanie, że nie jest domeną wykonawców dokonywanie badania i oceny ofert pod kątem zgodności ich treści z treścią SIWZ. Jest to bowiem wyłączna kompetencja zamawiającego, który występuje w stosunku do wykonawców w roli gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego określa on – w granicach przewidzianych obowiązującymi przepisami prawa (w szczególności Ustawy PZP i aktów wykonawczych do niej) – swoje zapotrzebowanie (opisuje przedmiot zamówienia) i warunki procedowania (w tym, przykładowo, warunki udziału w postępowaniu), a na etapie samego prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego – egzekwuje uprzednio postawione warunki. Aktywności wykonawców rozpatrywanej w kontekście poprawności udzielania zamówienia publicznego nie można utożsamiać, w ocenie Izby, z kontrolą działań innych oferentów (*ad casum*, zgodnie z twierdzeniami Odwołującego, badania spełniania przez innych oferentów warunków udziału w postępowaniu, czy też zgodności treści złożonych przez nich ofert z treścią SIWZ), a z możliwością korzystania ze środków ochrony prawnej wobec wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania postawionych przed nim warunków podmiotowych, bądź którego oferta nie odpowiada treści SIWZ, takie zaś działania Zamawiającego, jak dotąd, nie miały w przedmiotowej sprawie miejsca. Innymi słowy – uzasadnienie korzystania ze środków ochrony prawnej nie może opierać się wyłącznie na twierdzeniach o utrudnianiu/uniemożliwianiu przez zamawiającego wykonywania przez odwołującego czynności, do których nie został on przez ustawodawcę upoważniony.

Nie wytrzymuje również krytyki twierdzenie Odwołującego, jakoby nie skorzystanie na obecnym etapie Postępowania (tj. po otwarciu ofert) ze środków ochrony prawnej uniemożliwiło – jak twierdzi Odwołujący – „[...]złożenie odwołania w przedmiotowym zakresie po wyborze oferty najkorzystniejszej[...]” (odwołanie, str. 2). Okoliczności sprawy wskazują, że użyty przez Odwołującego zwrot „w przedmiotowym zakresie” należy odnosić nie tyle do odmowy odtajnienia określonych dokumentów (brak późniejszej możliwości zaskarżenia takiej czynności jest bowiem – zarówno w świetle terminów określonych przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 Ustawy PZP, jak i wyznaczonego Odwołującemu terminu zapoznania się z treścią ofert wykonawców, od którego rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania – oczywisty, wobec czego podnoszenie takiego argumentu byłoby zbędne), ile do podkreślanej przez Odwołującego konieczności zweryfikowania całości informacji zawartych w ofertach złożonych przez innych wykonawców, to zaś – jak wskazano powyżej – nie może wyłącznie uzasadniać uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Należy mieć przy tym na względzie, że – wbrew zapatrywaniom Odwołującego – nieudostępnienie mu na tym etapie Postępowania informacji zawartych w wymienionych w odwołaniu dokumentach

z ofert przystępujących co najwyżej utrudni mu (nie zaś uniemożliwi) późniejsze ewentualne zaskarżenie wyboru oferty jednego z tych wykonawców, z pewnością natomiast nie zwolni go z obowiązku instruowania przyszłego postępowania odwoławczego z uwagi na nieznaną skutecznie zastrzeżonych przez konkurentów informacji. Takiego wniosku nie można bowiem wyciągnąć z obowiązujących przepisów Ustawy PZP o postępowaniu odwoławczym, które nie przewidują odwrócenia ciężaru dowodowego z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie jest przy tym tak, że Odwołujący zostałby całkowicie pozbawiony argumentów do kwestionowania poprawności działań Zamawiającego. Świadczyć o tym może, zdaniem Izby, treść przedstawionego na rozprawie dowodu, jak i postawa samego Odwołującego. Jest on przekonany o prawdziwości wynikających ze wspomnianego dokumentu wniosków (zaferowania określonych modeli urządzeń), a skoro posiada – we własnym przekonaniu – taką wiedzę, to choć nie stanowiłaby ona tajemnicy przedsiębiorstwa, co przemawiałoby za uwzględnieniem odwołania, tym niemniej byłoby naruszeniem przepisów Ustawy PZP pozostającym bez wpływu na wynik Postępowania, co uzasadniałoby oddalenie odwołania (argument *a contrario* z przepisu art. 192 ust. 2 Ustawy PZP).

W zakresie omawianej w tej części uzasadnienia materii Izba zwróciła również uwagę na okoliczność, że zgodnie z treścią SIWZ (Rozdział XX, pkt 1, str. 22, w aktach sprawy) jedynym przewidzianym przez Zamawiającego kryterium oceny ofert była łączna cena brutto oferty, a Odwołujący – spośród dziewięciu złożonych w Postępowaniu ofert – został sklasyfikowany przez Zamawiającego na przedostatniej, ósmej pozycji (argument ze zbiorczego zestawienia ofert w Postępowaniu, w aktach sprawy). Przesłanka interesu w uzyskaniu danego zamówienia, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 Ustawy PZP, zaktualizowana zostałaby dopiero po ziszczeniu się szeregu zdarzeń przyszłych i niepewnych, które dotyczyć musiałyby pozostałych, wyżej sklasyfikowanych wykonawców lub ich ofert, skutkujących najogólniej rzecz ujmując ich eliminacją z kręgu podmiotów zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Nie bez znaczenia jest przy tym okoliczność, że wnioski odwołania dotyczą, co prawda, tylko tych trzech spośród ośmiu wyżej sklasyfikowanych ofert, w przypadku których wykonawcy zastrzegli określone informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (oferty sklasyfikowane na miejscach: pierwszym, piątym i szóstym), niemniej jednak w odniesieniu do pozostałych czterech wykonawców i ich ofert Odwołujący posiada informacje umożliwiające mu zweryfikowanie ich sytuacji w Postępowaniu. W konsekwencji, nawet gdyby przyjąć, że przystępujący z jakichkolwiek względów pozbawieni zostaliby szansy na uzyskanie zamówienia Odwołujący musiałby zakwestionować uczestnictwo kolejnych pięciu wykonawców,

bądź podważyć prawidłowość złożonych przez nich ofert, co czyni jego interes w uzyskaniu zamówienia jeszcze bardziej hipotetycznym.

Należy wreszcie zaznaczyć, że Odwołujący, co do zasady, zastrzegł w swojej ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje uznane przez Izbę (z przyczyn, o których mowa będzie w dalszej części uzasadnienia) za rodzajowo tożsame z tymi, których ujawnienia domaga się od Zamawiającego we wniesionym odwołaniu. Pomimo tego, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie są kategorią uniwersalną, wspólną wszystkim uczestnikom obrotu gospodarczego, tym niemniej w okolicznościach sprawy nie było podstaw do jakościowego różnicowania danych zastrzeżonych przez Odwołującego i przystępujących, co – w ocenie Izby – wymagałoby odtajnienia informacji z oferty Odwołującego, na to zaś jego zgody nie było. Takie działanie nie zasługuje, w ocenie Izby, na ochronę prawną i świadczy nie tyle o interesie Odwołującego w uzyskaniu zamówienia (rozumianego przez samego Odwołującego, jako możliwość skonfrontowania właściwości podmiotowych przystępujących z warunkami podmiotowymi zawartymi w treści SIWZ oraz zweryfikowania treści ich ofert z wymaganiami SIWZ, co samo w sobie jest założeniem błędnym), ile o interesie w uzyskaniu konkretnych informacji zawartych w treści ofert wyżej sklasyfikowanych konkurentów. Ponadto zauważyć należy, że działanie Odwołującego zmierza do stworzenia sytuacji, w której wykonawcy, którzy uprzednio złożyli w przedmiocie utajnionych informacji uwzględnione przez Zamawiającego wyjaśnienia mieliby zostać potraktowani mniej korzystnie, aniżeli Odwołujący, który – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej w jego ofercie – po prostu odtajnił część informacji.

Finalnie, w zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia i jedynie na marginesie, można wskazać na okoliczność, że Odwołujący złożył ofertę, której cena przekracza kwotę, jaką Zamawiający podał przy otwarciu ofert (cena oferty Odwołującego – 20.877.049,53 zł, kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia – 19.747.860,00 zł – *vide* zbiorcze zestawienie ofert w Postępowaniu oraz pismo Zamawiającego z dnia 3 lutego 2014 r., w aktach sprawy). To zaś, nawet wobec ewentualnej konieczności wyboru jego oferty – mogłoby uzasadniać unieważnienie Postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy PZP, o ile nie stałoby się tak nawet wcześniej, bowiem już oferta wykonawcy Comarch Polska S.A., sklasyfikowana na miejscu 6 z kwotą 20.228.581,23 zł ceny całkowitej brutto przekraczała założenia finansowe Zamawiającego. Jakkolwiek wspomniana okoliczność nie przesądza samodzielnie, zdaniem Izby, o braku interesu w uzyskaniu zamówienia, ponieważ Zamawiający – zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 *in fine* Ustawy PZP – może zwiększyć kwotę którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, czego wykluczyć, na obecnym etapie Postępowania, nie można, tym niemniej stanowi to kolejne zdarzenie przyszłe i niepewne w łańcuchu hipotetycznych zdarzeń, których dopiero łączne spełnienie umożliwiłoby Odwołującemu na uzyskanie zamówienia.

Odnosnie drugiej z przesłanek wynikających z przepisu art. 179 ust. 1 Ustawy PZP (poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP), która musi zostać spełniona w kumulacji z omówioną powyżej przesłanką interesu Izba wskazuje, że także w odniesieniu do niej aktualne pozostają poczynione wcześniej uwagi o dużej niepewności jej spełnienia. Nie ulega, zdaniem Izby, wątpliwości, że zaskarżone działanie Zamawiającego nie mogło wyrządzić Odwołującemu „szkody w uzyskaniu zamówienia”, na którą powołuje się w treści odwołania (str. 2). Trudno byłoby bowiem wskazać, i Odwołujący tego nie czyni, na czym owa szkoda miałaby obecnie polegać, skoro ma ona ze swej natury charakter majątkowy, a Odwołujący pozbawiony został wyłącznie możliwości wglądu do zastrzeżonych w ofertach przystępujących informacji, więc uszczerbku takowego nie poniósł. Szkody, jaką może ponieść (podkreślenie Izby) Odwołujący, należy upatrywać w nieuzyskaniu zamówienia, tym niemniej stwierdzenie takie jest w chwili obecnej przedwcześnie, a nadto – jak wskazano – uzależnione od szeregu zdarzeń o niemożliwym obecnie do przewidzenia przebiegu.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności i towarzyszącą im argumentację prawną Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Ustawy PZP, uprawniających go do wnoszenia odwołania, wobec czego – chociażby z tego względu – odwołanie podlegało oddaleniu. Odwołanie jest bowiem środkiem ochrony prawnej ukierunkowanym na uzyskanie zamówienia, nie zaś mającym na celu generalne kontestowanie działań Zamawiającego.

II. Zastrzeżenie w ofertach złożonych przez przystępujących wykazów dostaw wraz z dowodami ich należytego wykonania:

Zarzut Odwołującego, w ocenie Izby, nie potwierdził się. Izba nie podzieliła przy tym stanowiska Zamawiającego odnośnie braku precyzji w konstruowaniu zarzutów odwołania – Odwołujący wskazał bowiem, ujawnienia jakich informacji oczekuje i z jakich powodów nie uważa ich za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na wstępie zaznaczyć wypada, że ocenie, w ramach takiego zarzutu, nie podlega poprawność, czy też staranność działań Zamawiającego w zakresie ustalenia spełnienia

przez zastrzeżone informacje przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 Ustawy ZNK, lecz to, czy utajnione dane rzeczywiście spełniają określone w powołanym przepisie wymogi. Stąd też drugorzędne znaczenie ma okoliczność w jaki sposób wyjaśnienia były badane i ocenione przez Zamawiającego.

W pierwszeństwie należało odnieść się do podnoszonej przez Odwołującego kwestii niespełniania przez zastrzeżone informacje warunku polegającego na nieujawnianiu ich do wiadomości publicznej oraz warunku posiadania charakteru technicznego, technologicznego, handlowego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa. Co prawda Odwołujący użył sformułowania, tu cytat: „[...]w stosunku do przedmiotowych zastrzeżonych informacji nie zostały spełnione co najmniej (podkreślenie Izby) przesłanki nieujawniania do wiadomości publicznej oraz posiadania charakteru technicznego, technologicznego, handlowego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa[...]” (odwołanie, str. 4), ale do trzeciej z wymienionych w odwołaniu przesłanek (podjęcia w stosunku do zastrzeżonych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności) w ogóle się nie odniósł, zdając się tym samym na samodzielne ustalenia Izby.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że myli się Odwołujący próbując zaklasyfikować informacje wynikające z wykazów i poświadczeń (referencji), jako informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym (warto przy tym zauważyć, że przepis art. 11 ust. 4 Ustawy ZNK nie posługuje się pojęciem informacji o charakterze handlowym, na którą to błędnie wskazywał Odwołujący w treści odwołania – patrz str. 4 odwołania). Z treści przepisu art. 11 ust. 4 Ustawy ZNK wynika bowiem jeszcze jeden rodzaj informacji, o których nie wspomina Odwołujący, a mianowicie inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Analiza treści złożonych przez przystępujących wykazów i referencji prowadzi do wniosku, że zawierają one dane dotyczące m.in. ich rynków zbytu, czy portfela klientów. Izba stanęła zatem na stanowisku, że dane takie są właśnie owymi innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą i, przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 Ustawy ZNK, zasługują na ochronę właściwą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba miała na względzie, że – jak wskazano – Odwołujący także utajnił załączony przezeń wykaz dostaw wraz z dowodami ich należytego wykonania. Nie jest przy tym dostatecznym argumentem uzasadniającym różnicowanie sytuacji jego i przystępujących okoliczność, że – jak to stwierdził na rozprawie – nie wskazał w załączonych dokumentach na zamówienia realizowane w reżimie Ustawy PZP (protokół z rozprawy, str. 6), a tylko w stosunku do takich zamówień domagał się ujawnienia stosownych informacji. Chybione jest odwoływanie się w tym zakresie wprost do przepisów Ustawy DIP,

w powołaniu na publiczny charakter zawartych w wykazach informacji. Należy bowiem zauważyć, że – po pierwsze – przepisy ww. aktu normatywnego znajdują zastosowanie, na gruncie zamówień publicznych, do umów w sprawach zamówień publicznych i tylko do nich, o czym świadczy niemogąca budzić wątpliwości treść przepisu art. 139 ust. 3 Ustawy PZP. Po drugie – także Ustawa DIP zawiera istotne ograniczenie, na które to *nota bene* zwracał uwagę w toku rozprawy Przystępujący Comarch (protokół..., str. 7), a wynikające z przepisu art. 5 ust. 2 ww. ustawy, zgodnie z którym prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy, a wyłączenie tego ograniczenia możliwe jest li tylko w sytuacji rezygnacji przedsiębiorcy z przysługującego mu prawa (argument z art. 5 ust. 2 *in fine* Ustawy DIP). Choć, w ocenie Izby, niejasna jest relacja pomiędzy pojęciem tajemnicy przedsiębiorcy, o którym mowa w powołanej powyżej regulacji Ustawy DIP, a pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 Ustawy ZNK (w szczególności, z uwagi na domniemanie racjonalnego ustawodawcy, wydaje się, że pojęć tych nie należałoby utożsamiać), tym niemniej wydaje się, że przepis art. 5 ust. 2 Ustawy DIP może stanowić podstawę odmowy udostępnienia Odwołującemu oczekiwanych przezeń informacji. W przedmiotowej sprawie nie mogło być również mowy o jakiegokolwiek rezygnacji przez podmioty uprawnione (przystępujących) z przysługującego im prawa do ochrony zastrzeżonych informacji.

Odwołujący, w ocenie Izby, nie udowodnił powtarzanego na rozprawie twierdzenia, że informacje objęte wykazem dostaw mogłyby zostać ustalone na podstawie treści ogłoszeń o zamówieniach i ogłoszeń o udzielaniu zamówień, których obowiązek zamieszczania w oficjalnych publikatorach (www.ted.europa.eu i www.portal.uzp.gov.pl) został włożony na zamawiających stosowymi przepisami Ustawy PZP. W przeciwnym razie odwołujący przedłożyłby na rozprawie takie informacje, w odniesieniu do każdego z przystępujących, skoro ich zebranie, tu cytat: „[...]jest jedynie kwestią czasu i zaangażowania określonych zasobów ludzkich[...]” (protokół..., str. 8), a gdyby tak było, to zarzut ich bezzasadnego utajnienia nie miałby wpływu na wynik Postępowania (patrz: art. 192 ust. 2 Ustawy PZP).

Znamienne jest również, że Odwołujący odnosił się do wykazu dostaw w sposób generalny, czyli jako do pewnego rodzaju dokumentu, nie przedstawił natomiast dowodów, że konkretne wykazy (tj. dokumenty złożone przez przystępujących) nie mogły zostać przez nich skutecznie utajnione. Tymczasem w ocenie składu istnieje tak potencjalna możliwość, której istnieniu przeczył Odwołujący.

Co zaś dotyczy podjęcia w stosunku do zastrzeżonych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności Izba stwierdziła, że – biorąc pod uwagę zarówno treść

złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, jak i oświadczenia uczestników postępowania odwoławczego złożone na rozprawie – doszło do wyczerpania także tej przesłanki zastrzeżenia omawianych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczności przeciwnie, tj., przykładowo, że informacje objęte w ofertach przystępujących tajemnicą przedsiębiorstwa zostały zastrzeżone wyłącznie na potrzeby Postępowania. Ma to znaczenie o tyle, że jego uczestnicy są podmiotami z jednej branży, operującymi w określonym sektorze rynku, wobec czego powinni mieć informacje o przyjętej przez nich w tej mierze praktyce.

Kierując się powyższymi ustaleniami Izba odmówiła nakazania Zamawiającemu ujawnienia Odwołującemu informacji zawartych w złożonych przez przystępujących wykazach dostaw wraz z dowodami ich należytego wykonania.

III. Zastrzeżenie w ofertach złożonych przez przystępujących OPZ i SST:

Zarzut, w ocenie Izby, nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Analiza dokumentacji postępowania, w szczególności załącznika nr 7 do SIWZ, wokół którego strony toczyły w niniejszej sprawie spór, ale również załączników nr 8 („Rozdzielnik (lista dystrybucyjna) Sprzętu i Oprogramowania”) i nr 9 („Wzór umowy”) do SIWZ pozwoliły Izbie na przyjęcie, że opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego skonstruowany funkcjonalnie, a to z następujących przyczyn.

Po pierwsze – treść załącznika nr 8 do SIWZ wskazuje, że określone partie sprzętu i oprogramowania będą dostarczone i zainstalowane w szeregu powszechnych jednostek prokuratury.

Po drugie – zgodnie z § 3 ust. 5 wzoru umowy (załącznik nr 9) wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, zobowiązany będzie – w terminie 10 dni od daty zawarcia umowy do sporządzenia na piśmie oraz w formie elektronicznej i dostarczenia Zamawiającemu projekt zawierający: schemat rozmieszczenia instalowanych urządzeń w szafie teletechnicznej, schemat podłączenia elektrycznego instalowanych urządzeń w szafie teletechnicznej, z zastosowaniem UPS, schemat połączeń sieciowych WAN/LAN instalowanych urządzeń uzgodniony z Zamawiającym oraz plan przeprowadzenia testów

poszczególnych urządzeń, z końcowymi raportami z przeprowadzonych testów. Co więcej, w świetle § 3 ust. 3 wzoru umowy, do obowiązków wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana należeć będzie również przeprowadzenie przez inżyniera tego wykonawcy warsztatów pouruchomieniowych w każdym z miejsc dostawy, obejmujących omówienie co najmniej: podstawowych właściwości dostarczonego sprzętu komputerowego, jego połączeń fizycznych i logicznych oraz interfejsów zarządzających, jak również podstawową konfigurację sprzętu komputerowego (urządzeń).

Po trzecie wreszcie, odnosząc się do załącznika nr 7 do SIWZ – zgodnie z jego treścią (część dot. SST, kol. 4) możliwe było zaoferowanie różnych rozwiązań technologicznych, o ile tylko spełniały one minimalne, określone przez Zamawiającego, wymagania (część dot. OPZ, kol. 2). Nie potwierdziło się przy tym stanowisko Odwołującego, zawarte zarówno w treści odwołania, jak i podnoszone na rozprawie, że prawidłowe wypełnienie SST ograniczać miałyby się wyłącznie do przepisania do kol. 4 załącznika nr 7 informacji zawartych w ulotkach producentów oferowanego sprzętu lub zamieszczanych na ich stronach internetowych. Dowodu na ową okoliczność Odwołujący nie przedstawił – nie wykazał tego w przedstawiony przez siebie sposób chociażby na przykładzie swojej oferty. Można było co najwyżej zgodzić się z Odwołującym, że wykonawcy byli niejako zmuszeni, chcąc zachować szanse na uzyskanie zamówienia, do deklarowania zgodności sprzętu z minimalnymi wymaganiami Zamawiającego, co zresztą wynika *expressis verbis* z nazwy nadanej kol. 3 załącznika nr 7 do SIWZ.

Istotna jest przy tym okoliczność, że wykonawcy przy wypełnianiu kol. 4 załącznika nr 7 do SIWZ, czyli SST postawieni zostali przed wyborem albo potwierdzenia opisu minimalnych wymagań (czyli *de facto* przepisania danych zawartych w kol. 2 omawianej tabeli), albo wskazania konkretnego parametru lub konfiguracji. Nawet jeśli druga ze wskazanych możliwości polegać miałyby – jak chce tego Odwołujący – na zwykłym powielaniu informacji pochodzących od producentów zaoferowanych dostaw (co – jak wskazano – nie zostało udowodnione), to – zdaniem Izby – nawet w odniesieniu do konkretnego modelu sprzętu możliwe byłoby podanie różnych parametrów technicznych, te bowiem – zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego, którym Izba dała wiarę – mogą być różnie skonfigurowane. Świadczy o tym nie tylko sposób sformułowania OPZ, który – w poszczególnych pozycjach – odwołuje się do sformułowań „co najmniej” lub „minimum” (przykładowo – pkt 1 – Serwer, L.p. 2 – Płyta główna, tiret pierwszy: „co najmniej sześć slotów generacji 2 lub wyższej o prędkości co najmniej x8”, na który to zapis powoływał się Przystępujący COMP S.A. – protokół..., str. 9), ale także wspomniany sposób sformułowania nazwy kol. 4 załącznika nr 7 (SST). Gdyby bowiem parametry techniczne sprzętu były

sprawą oczywistą, to Zamawiający zrezygnowałby w ogóle z kol. 4 załącznika nr 7 do SIWZ, poprzestając na zobowiązaniu wykonawców do wskazania producenta i modelu sprzętu. Mógłby również zrezygnować w ogóle z opisu wymagań minimalnych, skoro – zdaniem Odwołującego – są one powszechnie wiadome, jednak Zamawiający tego nie uczynił. Izba podkreśla, że w ocenie zachowań podmiotów występujących na rynku zamówień publicznych, będących wszak profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego (w równej mierze zamawiających, jak i wykonawców), kieruje się dyrektywą racjonalności przesłanek podejmowania przez nich określonych działań. Odnosząc powyższe do przedstawionego zapatrywania należy powiedzieć, że gdyby Zamawiający uważał jakiegokolwiek informacje, których przedstawienia w treści załącznika nr 7 do SIWZ żądał od wykonawców za irrelevantne z punktu widzenia potrzeb, jakie spełniać ma przedmiot zamówienia, to zrezygnowałby z obowiązku ich przedstawiania, upraszczając niejako przy okazji omawiany formularz.

Nie sposób wreszcie pominąć okoliczność, że także sam Odwołujący utrzymał zastrzeżenie niejawności w odniesieniu do części treści wypełnionego przezeń załącznika nr 7 do SIWZ, właśnie w zakresie dotyczącym kol. 3, której sens wprowadzenia do treści omawianego dokumentu podważał na rozprawie i kol. 4, czyli SST. Choć prawdą jest, że Odwołujący – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 31 stycznia 2014 r. (w aktach sprawy) do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia określonych informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (skierowanego również do wszystkich przystępujących) – wyraził zgodę na odtajnienie części treści wypełnionego załącznika nr 7 do SIWZ, w odniesieniu do producenta i modelu oferowanego sprzętu (*vide* pismo Odwołującego z dnia 3 lutego 2014 r., w aktach sprawy), tym, niemniej nie wyraził zgody na upublicznienie informacji, których odtajnienia w ofertach przystępujących obecnie żąda.

Izba podkreśla przy tym, że fakt, iż Odwołujący zrezygnował z ochrony części informacji zawartych w ofercie (w niewielkim wszak zakresie, o czym należy pamiętać) nie świadczy samodzielnie o konieczności podejmowania analogicznych działań w stosunku do ofert przystępujących. Jak bowiem uprzednio wskazano informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowią uniwersalnego katalogu, właściwego wszystkim uczestników obrotu gospodarczego, o czym może świadczyć chociażby fakt, że niektórzy z wykonawców w ogóle nie zastrzegali w Postępowaniu takich informacji w swoich ofertach. Każdy podmiot jest zarówno uprawniony, jak i zobligowany do samodzielnego wartościowania posiadanych przez niego informacji i podejmowania decyzji, czy stanowią one tajemnicę jego przedsiębiorstwa, czy też nie. Musi jednak pamiętać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego decyzja o utajnieniu określonych danych zawartych w złożonej

zamawiającemu ofercie, podlega weryfikacji zarówno przez niego, jak i – ewentualnie, w następstwie skorzystania przez danego wykonawcę ze środka ochrony prawnej – również przez Izbę. W konsekwencji decyzję podjętą przez Odwołującego, którą *nota bene* Zamawiający był związany, odnosić należy wyłącznie do jego sytuacji, nie zaś przenosić na przystępujących, jak to próbował uczynić Odwołujący wskazując m.in., że „[...]w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu złożono 9 ofert, ale tylko 3 z nich zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa[...]” (protokół..., str. 8).

Suma powyższych okoliczności skłoniła Izbę do przyznania racji Zamawiającemu, który na rozprawie wywodził, że osiã sporu nie są informacje dotyczące poszczególnych rodzajów sprzętów, ale wiedza jak je ze sobą skonfigurować w funkcjonalną całość (protokół..., str. 6). W konsekwencji wiedza taka, jako stanowiąca pewną unikalną cechę (umiejętność) właściwą danemu podmiotowi (innymi słowy – *know-how*) uzasadnia objęcie jej tajemnicą przedsiębiorstwa. Odmówiono słuszności argumentacji Odwołującego, że Postępowanie dotyczy wyłącznie bazy sprzętowej, bowiem właściwe oprogramowanie służące wdrożeniu systemu digitalizacji akt stanowi przedmiot zamówienia w innym, toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe nie stoi bowiem w sprzeczności z okolicznością, że przedmiot zamówienia w Postępowaniu jest wysoce skomplikowany i z pewnością nietypowy, tym bardziej zatem wiedza o jego prawidłowym skonfigurowaniu przedstawia określoną wartość gospodarczą i winna podlegać ochronie.

Ze wskazanej powyżej przyczyny nie mogło odnieść skutku powoływanie się przez Odwołującego na rzekomą znajomość modeli urządzeń zaoferowanych przez przystępujących, na dowód czego złożył on na rozprawie dokument pn.: „Zestawienie modeli spełniających wymagania wskazane w SIWZ”. Winien on bowiem wykazać, że kompleksowe rozwiązanie oferowane przez przystępujących nie ma cech swoistych, nietypowych, to zaś nie miało miejsca, bowiem Odwołujący nie zaoferował żadnego dowodu na tą okoliczność.

Nie sposób zgodzić się również z twierdzeniem Odwołującego, że „[...]wypełniony załącznik nr 7 nie jest żadnym utworem w rozumieniu prawa autorskiego, aby mógł być uznany za potencjalny przedmiot objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa[...]”. Należy bowiem zauważyć, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikająca z przepisu art. 11 ust. 4 Ustawy ZNK nie odnosi się do przedmiotu prawa autorskiego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U.2006.90.631 j.t. ze zm.).

Odnosząc się natomiast do podnoszonych przez Odwołującego na rozprawie kwestii interpretacji pojęcia „oficjalny kanał sprzedaży”, czy zagadnienia gwarancji producenta sprzętu komputerowego Izba doszła do następujących wniosków.

Po pierwsze – wskazanego powyżej pojęcia nie należy sprowadzać do stwierdzenia, że dotyczy ono urządzeń o typowych, powszechnie oferowanych parametrach technicznych. Należy je w rzeczywistości odnosić do źródeł pochodzenia urządzeń określonego producenta, które mogą być oferowane zarówno przez niego, jak i przez jego autoryzowanych przedstawicieli, dystrybutorów, importerów i wreszcie przez inne podmioty (sprzedawców) tworzące razem sieć dystrybucyjną (sprzedażową) zorganizowaną albo przez samego producenta, albo za jego wiedzą i zgodą.

Po drugie – Odwołujący nie przedstawił Izbie żadnego dowodu na poparcie twierdzeń o utracie uprawnień wynikających z gwarancji w sytuacji oferowania zmodyfikowanego sprzętu komputerowego.

W odniesieniu do przesłanki podjęcia w stosunku do zastrzeżonych informacji niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności Izba odsyła do argumentacji zawartej w pkt II niniejszego uzasadnienia.

W związku z powyższym Izba uznała, że zastrzeżenie przez przystępujących informacji zawartych w załączniku nr 7 do SIWZ było zasadne. Izba akceptuje i przyjmuje za własny wyrażony w orzecznictwie pogląd o możliwości zastrzeżenia zespołu informacji, nawet jeśli część z nich, dotyczących poszczególnych elementów urządzenia, ma publiczny charakter (tak: SN w wyroku z dnia 28 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/06, LEX nr 449836). Ponadto zauważyć wypada, że odtajnienie załącznika nr 7 do SIWZ, w części sporządzonej przez Zamawiającego (czyli powoływane przez Odwołującego wydzielone informacji), byłoby o tyle niecelowe, że wszyscy wykonawcy, w tym Odwołujący, mieli i nadal mają do tej części załącznika nr 7 do SIWZ nieskrępowany dostęp, jego wzór jest bowiem zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę całokształt przedstawionej argumentacji orzeczono, jak w sentencji wyroku.

IV. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego:

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy PZP oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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.2010.41.238).

Przewodniczący: