

Sygn. akt: KIO 2652/17

WYROK
z dnia 5 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Zadrożny

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasta Tarnowa – Urząd Miasta Tarnowa,**

przy udziale wykonawcy **SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:**
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 4 grudnia 2017 r;
 - b) ujawnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę **SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** w postaci dokumentów zawierających nazwy i modele (nr katalogowe) oferowanych produktów oraz specyfikacji technicznych oferowanych produktów.
2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Miasta Tarnowa – Urząd Miasta Tarnowa,** oraz;
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach,** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2 zasądza od zamawiającego **Gminy Miasta Tarnowa – Urzędu Miasta Tarnowa** na rzecz wykonawcy **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 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 **Tarnowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Tarnowa – Urząd Miasta Tarnowa (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Dostawę, instalację i konfigurację sprzętu komputerowego oraz oprogramowania na potrzeby realizacji Projektów - II podejście*” (dalej jako „Postępowanie”).

Wartość ww. zamówienia jest wyższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 września 2017 r. pod nr 2017/S 189-368164.

Odwołujący WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „Odwołujący”), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2017 r., wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w postępowaniu, polegających na:

1. naruszeniu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu ujawnienia pełnej treści następujących dokumentów złożonych w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przez Wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej jako „SUNTAR” lub jako „Przystępujący”):
 - a. Dokumentu zawierającego nazwy i modele (nr katalogowe) oferowanych produktów;
 - b. Specyfikacji technicznych oferowanych produktów;
 - c. Uzasadnienia objęcia zastrzeżonych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa.
2. naruszeniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „ustawa Znk”) poprzez uznanie, że określone w pkt 1 powyżej dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy SUNTAR, podczas gdy informacje te nie mieszczą się w kategorii informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających dla w/w Wykonawcy wartość gospodarczą;
3. naruszeniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że określone w pkt 1 powyżej dokumenty i materiały stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy SUNTAR, pomimo, iż Wykonawca ten nie zastrzegł w złożonej przez siebie ofercie, że dokumenty te nie mogą być udostępniane, nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i nie

wykazał faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów;

4. naruszeniu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób sprzeczny z zasadą przejrzystości oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie mogła zostać zweryfikowana przez Odwołującego pod kątem spełniania wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania (dalej jako „SIWZ”), z uwagi na uznanie przez Zamawiającego za prawidłowe zastrzeżenie dokumentów dokonane przez Wykonawcę SUNTAR.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Odtajnienia dokumentów wskazanych w pkt 1 listy zarzutów z uwagi na fakt, że dokumenty te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
3. Powtórzenia oceny ofert w Postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje:

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Dokumenty przedmiotowe złożone w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przez Wykonawcę SUNTAR nie zostały Odwołującemu udostępnione, w związku z czym Odwołujący nie mógł zweryfikować ich poprawności. Odwołujący w szczególności nie miał możliwości zweryfikowania, czy zaoferowane przez Wykonawcę SUNTAR produkty spełniają minimalne wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 04.12.2017r. Odwołujący wyjaśnia, że w dniu 05.12.2017r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie do wglądu protokołu Postępowania wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami ofert innych wykonawców. W dniu 08.12.2017r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego skany dokumentów, z których wynika, które elementy zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

w zakresie zarzutu nr 1:

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie ujawnił Odwołującemu dokumentów przedmiotowych złożonych przez Wykonawcę SUNTAR w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo złożenia przez Odwołującego stosownego wniosku w tym zakresie. Z udostępnionych Odwołującemu dokumentów wynika, że informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa według Wykonawcy SUNTAR są:

- Dokument zawierający nazwy i modele (nr katalogowe) oferowanych produktów;
- Specyfikacje techniczne oferowanych produktów.

Odwołujący podnosił, że Wykonawca SUNTAR nie powoływał się w swojej ofercie na uzasadnienie dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Udostępnione Odwołującemu materiały nie zawierały takiego uzasadnienia, zatem Odwołujący domniemywał, że również ono znajdowało się w materiałach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę SUNTAR. Całkowity brak bowiem takiego uzasadnienia w ofercie powodowałby automatyczną konieczność ujawnienia zastrzeżonych przez Wykonawcę SUNTAR informacji, ponieważ obowiązek wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży na wykonawcy.

W ocenie Odwołującego w/w materiały zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa niezasadnie, w celu utrudnienia a właściwie uniemożliwienia weryfikacji złożonej oferty przez Odwołującego, czy innych wykonawców w Postępowaniu. Zamawiający natomiast błędnie uznał dokonane zastrzeżenia za skuteczne. Zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający winien udostępnić Odwołującemu do wglądu dokumenty, których ujawnienia Odwołujący żąda w niniejszym odwołaniu. Bezpodstawne utrudnienie dostępu do informacji w Postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym narusza art. 8 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Bezpodstawne utrzymywanie tajności wadliwie zastrzeżonych dokumentów może również skutkować udzieleniem zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, na które to okoliczności uwagę Zamawiającego mógłby zwrócić Odwołujący, gdyby uzyskał dostęp do zastrzeżonych materiałów.

w zakresie zarzutu nr 2:

Odwołujący wskazał, iż zasada jawności określona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, to jedna z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada ta znajduje swoje rozwinięcie w art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż protokół postępowania jest jawny, a załączniki do niego udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o odpuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wyjątki od generalnej zasady jawności muszą mieć swe źródło w ustawie i nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej. Wyjątkiem od zasady jawności jest przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących

tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy Znk. Zgodnie z przywołanym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Z przywołanej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja, w przypadku łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

- a) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny i posiada wartość gospodarczą,
- b) informacja nie została ujawniona,
- c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

Odwołujący wskazał, iż Wykonawca SUNTAR, w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył:

- Dokument zawierający nazwy i modele (nr katalogowe) oferowanych produktów;
- Specyfikacje techniczne oferowanych produktów.

zastrzegając, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzupełnione dokumenty zawierały informacje jakie konkretnie produkty są przez Wykonawcę SUNTAR oferowane. Odwołujący wskazał, że w niniejszym Postępowaniu oferowane produkty dobrane zostały przez każdego z wykonawców na podstawie szczegółowych wymagań Zamawiającego wynikających z załącznika nr 1 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Doboru produktów (sprzęt i oprogramowanie) pasujących do wskazanych szczegółowych wymagań Zamawiającego nie można uznać za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ nie można przypisać im żadnej wartości gospodarczej. Posiadanie wartości gospodarczej stanowi warunek *sine qua non* uznania danej informacji za stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego względu uznanie skuteczności zastrzeżenia w/w dokumentów stanowi naruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazywanych w części wstępnej odwołania. Sam dobór produktów, które spełnią zadane parametry nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający opisał swoje wymagania co do oczekiwanego sprzętu i oprogramowania na stronach 12-71 załącznika nr 1 do SIWZ. Wymagania Zamawiającego są bardzo szczegółowe. Zadaniem wykonawców było tylko dobranie produktów, które spełniają oczekiwane przez Zamawiającego wymagania. Nie ma w tym przypadku mowy o autorskiej, unikalnej koncepcji realizacji zamówienia, czy wymagającym ochrony know-how wykonawcy. Dokument określający oferowane produkty to dokument powstały poprzez dobranie urządzeń, które mają spełniać wymagania Zamawiającego.

Specyfikacje techniczne oferowanych produktów, to dokumenty publicznie dostępne, udostępniane przez producentów w Internecie. W dokumentach tych nie ma unikalnych, chronionych informacji. Są w nich dane na temat właściwości produktów, ich parametrów, czy funkcjonalności. Znając oferowany produkt, każdy mógłby dotrzeć do jego specyfikacji technicznej. Odwołujący zakładał, że zastrzeżenie specyfikacji technicznych jest konsekwencją zastrzeżenia informacji o oferowanych produktach, co samo w sobie jest niezasadne z uwagi na nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji o oferowanych produktach. Odwołujący w zastrzeżonych dokumentach nie dostrzegał technicznego charakteru, który uzasadniałby objęcie tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa. Dodatkowo, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać wartość gospodarczą zastrzeżonych dokumentów. Tymczasem zestawienie sprzętu i oprogramowania, skompletowanego na podstawie szczegółowych wymagań w konkretnym Postępowaniu nie może mieć obiektywnie żadnej wartości gospodarczej - zestaw wymagań stworzony został przez Zamawiającego na potrzeby konkretnego postępowania i wykonawcy składali swoje oferty w tym konkretnym postępowaniu. Nie ma mowy o ewentualnej możliwości wykorzystania tych materiałów np. w innym projekcie. Z uwagi na powyższe zastrzeżone dokumenty powinny zostać w pełnym zakresie odtajnione.

w zakresie zarzutu nr 3:

Odwołujący podnosił, iż zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp istotny jest moment, w którym dokonać należy zastrzeżenia oraz wykazać, że zastrzegane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie i wykazanie nie może mieć miejsca później niż w terminie składania ofert. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jest kategoriyczny i nie zostały w nim przewidziane odstępstwa, nawet w sytuacji kiedy w postępowaniu przewidziano mechanizm „procedury odwróconej”. W ofercie Wykonawcy SUNTAR brak tymczasem jakiegokolwiek wzmianki o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, oraz brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla zasadności zastrzeżenia. W przedmiotowej sprawie prawdopodobnie Wykonawca SUNTAR zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa dopiero w momencie składania dokumentów w odpowiedzi na wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, co w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jest działaniem spóźnionym i samo w sobie przesądzać powinno o nieskuteczności dokonywanego zastrzeżenia.

Niezależnie od powyższej argumentacji, Odwołujący wskazał, że aby jawność składanych dokumentów i materiałów została skutecznie wyłączona z uwagi na ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać, że informacje nie zostały ujawnione oraz że podjął on niezbędne działania w celu zachowania danych dokumentów/materiałów w poufności. Zgodnie z definicją legalną pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa” jej elementem jest podjęcie niezbędnych działań w celu

zachowania poufności danej informacji. W przypadku Wykonawcy SUNTAR brak jest informacji jakie konkretnie niezbędne działania w celu zachowania poufności Informacji zostały przez tego Wykonawcę podjęte oraz brak jest stosownych dowodów w tym zakresie. Pomimo faktu, że Odwołujący na etapie wnoszenia odwołania nie ma dostępu do uzasadnienia składanego w tym zakresie przez Wykonawcę SUNTAR, to zdaniem Odwołującego uzasadnienie złożone przez tego Wykonawcę są ogólnikowe i nie wskazują żadnych konkretnych środków, które można by uznać za adekwatne do celu jakim jest zachowanie w poufności zastrzeganych dokumentów. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca ten nie przedstawił również żadnych dowodów potwierdzających faktyczne wdrożenie i funkcjonowanie środków ochrony niezbędnych do zachowania w poufności zastrzeżonych dokumentów.

Jak wskazał Odwołujący, już sama okoliczność braku wykazania przez Wykonawcę SUNTAR niezbędnych działań jakie Wykonawca ten podjął w celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów i materiałów, braku wskazania odpowiednich środków dowodowych winna przesądzać o nieskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę SUNTAR, niezależnie od faktu, że zastrzeżone dokumenty nie mają charakteru pozwalającego na ich zakwalifikowanie w zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa.

w zakresie zarzutu nr 4:

Odwołujący podnosił, że uznanie w przedmiotowej sprawie zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę SUNTAR stanowi naruszenie zasad jawności i przejrzystości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uniemożliwienie Odwołującemu zweryfikowania dokumentów przedmiotowych Wykonawcy SUNTAR powoduje, że wybrana mogła zostać oferta, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, a zamówienie zostanie udzielone wykonawcy, który nie zostanie wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Uzasadnienia przedstawione dla zarzutów nr 1-3 w ocenie Odwołującego stanowiły wystarczające potwierdzenie, że dokonane przez Wykonawcę SUNTAR zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa winno zostać uznane przez Zamawiającego za nieskuteczne. W konsekwencji dalsze podtrzymywanie niezasadnego utajnienia przesądzały w ocenie Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego zasady jawności i przejrzystości. Z kolei prowadzenie Postępowania niezgodnie z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych prowadzi do wyboru oferty i udzielania zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Podczas rozprawy, Odwołujący oświadczył, iż w związku z przesłaniem przez Zamawiającego Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

Przystępującego w dniu poprzedzającym dzień rozprawy, wycofuje zarzut w zakresie tegoż uzasadnienia. Natomiast w pozostałym zakresie podtrzymuje odwołanie.

Podczas rozprawy, Odwołujący oświadczył, iż klauzula zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w jego ofercie pojawiła się bez weryfikacji prawnej. Treść uzasadnienia nie jest adekwatna do przedmiotowego postępowania, została błędnie dodana do oferty.

Oświadczył także, iż gdyby wezwanie z art. 26 ust. 1 zostało skierowane do Odwołującego to wówczas złożyłby dokumenty zastrzeżone przez Przystępującego, a kwestionowane przez Odwołującego, bez zastrzegania ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa z informacją o ich jawnym charakterze.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy Zamawiający wskazał, na brak interesu prawnego Odwołującego, oraz że Odwołujący nie wykazał, że może ponieść szkodę. Firma WASKO sklasyfikowana jest dopiero na 4 miejscu w rankingu ofert. Zamawiający wskazał także, iż to firma WASKO miała najniższą cenę. Zamawiający ocenił, iż szanse uzyskania zamówienia przez Odwołującego są mało prawdopodobne. Wskazał, iż Odwołujący aby uzyskać zamówienie musiałby wnieść co najmniej 6 odwołań.

Zamawiający wskazał, iż motywacja Odwołującego stanowi o nadużywaniu przez niego prawa, gdyż Odwołujący zastrzegł te same informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co Przystępujący. Czyli uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykaz osób, nazwy producentów i modeli i numery katalogowe.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, iż OPZ wskazuje iż mamy do czynienia z prostą dostawą sprzętu komputerowego. Według Zamawiającego wstęp do OPZ zawiera intencję uzyskaniem minimalnej funkcjonalności, natomiast wykonawcy mieli obowiązek tak skonfigurowania swojej oferty, aby te funkcjonalności zapewnić. Zamawiający nie wymagał określonego sprzętu, dał wolną rękę wykonawcom w zakresie doboru tego sprzętu. Zatem nie było możliwe aby wykonawcy składali oferty tożsame z OPZ. Zamawiający wskazał, iż przed wszczęciem przedmiotowego postępowania został przeprowadzony dialog techniczny, który miał na celu ustalenie możliwości rynkowych dla uzyskania danych funkcjonalności. Wskazał, iż jest kilka możliwych sposobów osiągnięcia celów i założeń SIWZ. Wskazał na powszechną na rynku usług informatycznych, customizację, tj. dobieraniu sprzętu i sposobu jego zastosowania do potrzeb Zamawiającego. Podnosił, iż wybór modeli zaproponowanych przez wykonawcę zgodnie z orzecznictwem Izby może stanowić o sposobie realizacji zamówienia, a takie informacje powinny podlegać ochronie. Wskazał, iż ujawnienie tych dokumentów ułatwiłoby Odwołującemu pozyskanie wiedzy o kontrahentach Przystępującego.

Odnosząc się do sposobu zabezpieczenia informacji przez Przystępującego wskazał, iż nie można oczekiwać od Przystępującego, że poda konkretne rozwiązania. Ponadto według stanowiska Zamawiającego, obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że chroni swe tajemnice a nie udowodnienie tego faktu. Zamawiający wskazał na przepisy UZNK, zgodnie z którymi nie może ujawniać tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawców. Zamawiający dodał, iż zgodnie z art. 7 PZP w sytuacji gdyby ujawnił dokumenty Przystępującego to również musiałby ujawnić dokumenty Odwołującego w tym samym zakresie, a zatem zgodnie z zasadą równego traktowania podjął decyzje nie ujawniania tych dokumentów w stosunku do żadnego z wykonawców. Wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosił wykonawca SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie po stronie Zamawiającego.

Izba uznała skuteczność ww. przystąpienia, strony nie wnosiły opozycji.

Przystępujący złożył pismo procesowe oświadczył, że w żadnym miejscu złożonych Zamawiającemu, w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, dokumentów wykonawca nie dokonał utajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co wynika wprost z treści tego uzasadnienia. W związku z powyższym dokument ten winien zostać przekazany Odwołującemu.

Wskazał, że informacje tam zawarte spełniają wszystkie wymogi wskazane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym z uwagi na to, że samo Zastrzeżenie odnosi się do szczegółowych informacji dotyczących zbioru produktów dostosowanych do potrzeb Zamawiającego, a co najistotniejsze w oparciu o najniższe ceny, informacje te należało zachować w poufności. Podkreślił, iż opisane przez Wykonawcę proponowane rozwiązanie w postaci zestawienia niezbędnego sprzętu w złożonej ofercie stanowi autorską i dedykowaną Zamawiającemu koncepcję wykonania konkretnej umowy, przygotowaną specjalnie na potrzeby Zamawiającego przez personel Wykonawcy korzystający przy jej sporządzeniu z wiedzy i doświadczenia dostępnego Wykonawcy. Zastrzeżone informacje nie stanowią jedynie powielenia treści materiałów przetargowych stawianych do dyspozycji wykonawców, którzy zamierzają uczestniczyć w postępowaniu, tak jak opisuje to Odwołujący. Zastrzeżone zestawienie zostało od początku do końca wytworzone przez Wykonawcę, zawiera zindywidualizowaną treść, dotyczącą oferowanych przez Wykonawcę urządzeń stosownych do wymagań Zamawiającego. Podkreślił, że jest ono dostosowane do konkretnego, indywidualnego zamówienia dla konkretnego Zamawiającego oraz w odniesieniu do jego specyficznych warunków oraz wymagań i pozwala na zaoferowanie najniższej ceny. Informacje w nim zawarte polegają zatem na wykorzystaniu zdobytej wiedzy w przedmiocie doboru odpowiednich środków oraz metod działania do wymagań danego zamawiającego i

specyfiki przedmiotu zamówienia, co potwierdza najniższa cena oferty Suntar Sp. z o.o. spośród wykonawców, którzy złożyli ofertę w tym postępowaniu. Wskazał również, że niniejsze Postępowanie ma wyjątkowo specjalistyczny charakter jeśli chodzi o zamawianą technologię. Z tych samych powodów, podobnie zachował się Odwołujący, który już w formularzu ofertowym dokonał utajnienia wszelkich informacji dotyczących zaoferowanych produktów, które to informacje, w przeciwieństwie do tych utajnionych przez Przystępującego, nie pozwalały na identyfikację przedmiotu oferty złożonej przez Odwołującego. Tym samym cała argumentacja przedstawiona w odwołaniu zbudowana jest tylko i wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego, ponieważ Odwołujący w treści swojej oferty sam uzasadnia, dlaczego analogiczne informacje do tych zastrzeżonych przez Odwołującego muszą pozostać utajnione. Już tylko z tego powodu Izba winna oddalić złożone odwołanie jako wprost zmierzające do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie ze stanowiskiem Przystępującego zastosowane pozacenowe kryteria oceny ofert potwierdzają, iż w przedmiotowym postępowaniu dostawa ma charakter wyjątkowy. Wskazał, iż ujawnienie dokumentów sprawiłoby, że inni wykonawcy w tym Odwołujący, mogliby wykorzystać wiedzę w niej zawartą w innych postępowaniach. Wskazał, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ, opis rozwiązania zaproponowanego przez wykonawcę miał być złożony dopiero na wezwanie Zamawiającego, a takie wezwanie miało być skierowane tylko do wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W zakresie momentu zastrzeżenia wskazał, iż Przystępujący nie mógł zastrzec tych informacji w momencie składania oferty, gdyż oferta jeszcze ich nie zawierała. Wskazał na orzecznictwo Izby odnoszące się do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Izba postanowiła dopuścić dowód w postaci dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek.

Zamawiający argumentował, iż Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania ze względu na to, iż jego oferta sklasyfikowana została na miejscu czwartym w ranking ofert. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z tzw. procedurą odwróconą. Izba uznała, iż w przypadku uwzględnienia odwołania przy ponownym badaniu ofert, Odwołujący miałby szansę podnoszenia zarzutów wobec wyłonionego przez Zamawiającego wykonawcy. Następnie w wyniku ich potwierdzenia, czyli w przypadku kolejnego badania i oceny ofert przez Zamawiającego, miałby podnoszenia zarzutów wobec kolejnego wykonawcy lub uzyskania zamówienia gdyby to jego oferta uznana została za najkorzystniejszą. Bez znaczenia jest fakt, podnoszony przez Zamawiającego, iż możliwym jest aby Odwołujący w celu uzyskania zamówienia musiałby złożyć co najmniej sześć odwołań. Bez względu na to ile razy Odwołujący musiałby jeszcze skorzystać ze środków ochrony prawnej (co jest jego niekwestionowanym uprawnieniem), uznać należy, iż w dalszym ciągu posiada realne szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Orzecznictwo Izby w przeważającej większości potwierdza, iż w przypadku procedury odwróconej, interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy z wykonawców sklasyfikowanych w rankingu ofert.

Ze względu na wycofanie przez Odwołującego zarzutów w zakresie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego, Izba w tym zakresie oddaliła odwołanie. Jak oświadczył Odwołujący, w dniu poprzedzającym dzień rozprawy Zamawiający przesłał mu uzasadnienie Przystępującego. A zatem, ze względu na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, także w przypadku braku wycofania zarzutów w tym zakresie, podlegałyby one oddaleniu ze względu na brak wpływu na wynik postępowania.

- zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu ujawnienia pełnej treści następujących dokumentów złożonych w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przez Wykonawcę SUNTAR:

- a. Dokumentu zawierającego nazwy i modele (nr katalogowe) oferowanych produktów;**
- b. Specyfikacji technicznych oferowanych produktów;**

oraz,

- zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że określone powyżej dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy SUNTAR, podczas gdy informacje te nie mieszczą się w kategorii informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających dla w/w Wykonawcy wartość gospodarczą;

oraz;

- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób sprzeczny z zasadą przejrzystości oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie mogła zostać zweryfikowana przez Odwołującego pod kątem spełniania wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania, z uwagi na uznanie przez Zamawiającego za prawidłowe zastrzeżenie dokumentów dokonane przez Wykonawcę SUNTAR;

Izba uwzględniła powyższe zarzuty. Izba uznała, za wiarygodne stwierdzenie Odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy oferowali produkty ogólnodostępne. Co jak się wydaje, nie było sporne, gdyż Przystępujący skupił swoją argumentację na fakcie istnienia wartości gospodarczej dokonanego przez niego doboru tych produktów. W ocenie Izby informacja, iż dany wykonawca oferuje produkty danego producenta (czy określone modele) na rynku dostaw sprzętu informatycznego i oprogramowania, nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż te informacje są powszechnie dostępne i konieczne do prowadzenia tego rodzaju działalności. Ponadto w ocenie Izby, modyfikacja tych produktów nie może stanowić o możliwości utajnienia produktu, który posłużył za bazę do ich przeprowadzenia. Sam Przystępujący w trakcie postępowania odwoławczego nie starał się ukryć faktu oferowania produktów przez określonego producenta, lecz określoną koncepcję doboru produktów. Fakt, iż dany wykonawca zaoferował dane produkty w jednym z postępowań nie znaczy o tym, że zaoferuje te same produkty w innym postępowaniu.

Zastrzeżone przez Przystępującego dokumenty, jak wskazał sam Przystępujący, miały zawierać *„proponowane rozwiązanie w postaci zestawienia niezbędnego sprzętu w złożonej ofercie stanowiące autorską i dedykowaną Zamawiającemu koncepcję wykonania konkretnej umowy”*. Izba nie doszukała się w zestawieniu oferowanego sprzętu i oprogramowania na tyle autorskiej koncepcji, aby mogła zostać ona uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Jak wskazywał Przystępujący, informacje te posiadają wartość gospodarczą wyrażającą się w tym, iż dobrał sprzęt i oprogramowanie odpowiadające wymaganiom Zamawiającego w taki sposób aby móc uzyskać najniższą cenę w danym postępowaniu. Należy, wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu na siedem ofert, sześć ofert zawierało ceny w zakresie ok 5.297 – 5.533 tys. zł brutto. A zatem, nie możemy mówić w przedmiotowym przypadku o takiej różnicy w cenach ofert, która wskazywałaby na osiągnięcie przewagi nad innymi wykonawcami w zakresie odpowiedniego doboru sprzętu informatycznego i oprogramowania. Stwierdzenia tego nie zmienia również fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu zastosowano kryteria pozacenowe. W kryteriach pozacenowych, maksimum punktów (czyli 40) uzyskało aż pięciu oferentów. Dwóch pozostałych oferentów uzyskało tych

punktów 38 i 39. Przy czym, wykonawca, który złożył najdroższą ofertę w postępowaniu uzyskał w kryteriach pozacenowych 39 pkt.

Twierdzenia Przystępującego jakoby inny wykonawcy chcieliby poznać jego *tajemnice*, aby móc później wykorzystać metodologię doboru sprzętu i oprogramowania przez niego stosowaną, stoją w sprzeczności z tezą o rzekomo autorskiej koncepcji oferowanego rozwiązania. Skoro oferty wykonawców zawierały dobór produktów dopasowany do konkretnych potrzeb Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, to nie jest możliwe aby wykorzystać dany dobór sprzętu i oprogramowania w innych postępowaniach. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu, umowa zostanie podpisana tylko z jednym wykonawcą. Gdyby nawet oferta Przystępującego została odrzucona, to inni wykonawcy pozbawieni są już możliwości zmiany oferty w zakresie kryteriów pozacenowych czy ceny.

Analiza opisu przedmiotu zamówienia przez Izbę, potwierdza stanowisko Odwołującego, iż opis ten jest na tyle skonkretyzowany, iż nie możemy mówić o pozostawieniu wykonawcom kompletnej swobody w doborze sprzętu i oprogramowania w celu zaproponowania rozwiązania odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Opis ten jest na tyle szczegółowy i posiada szereg wymogów technicznych wobec każdego z produktów, iż nie możemy stwierdzić, że Zamawiający oczekiwał, iż wykonawcy zaproponują mu autorskie rozwiązanie (jak twierdził Przystępujący i Zamawiający), lecz już dokonał wyboru tego rozwiązania, a wykonawcy mieli za zadanie dobrać produkty, które będą odpowiadać jego wymogom.

Izba podziela pogląd wyrażony w orzeczeniu Izby z dnia 7 czerwca 2013 r. o sygn. akt: KIO 1239/13, następnie wielokrotnie przytaczany przez Izbę, iż *„w ocenie Izby nie noszą znamion tajemnicy przedsiębiorstwa informacje wskazujące na producenta oraz model oferowanego sprzętu. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie pozostawił wykonawcom dowolności w zakresie skomponowania infrastruktury sprzętowo-systemowej co mogłoby być uznane za know-how danego wykonawcy. Zdaniem Izby tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego.”* A zatem w przedmiotowym postępowaniu, należało nakazać ujawnienie nazw i modeli (nr katalogowych) oferowanych produktów.

W zakresie specyfikacji technicznych oferowanych produktów, Izba po przeanalizowaniu zastrzeżonych dokumentów, stwierdziła, iż w przeważającej mierze stanowią one powielenie opisu przedmiotu zamówienia. Potwierdza to twierdzenia Izby zawarte powyżej w zakresie utajnienia producentów i modeli.

Natomiast w zakresie różnic, Izba stwierdziła, że te różnice sprowadzają się do informacji wynikowych (np. wskazanie ilości portów, czy posiadanie danej funkcjonalności). Nie zawierają one informacji wskazujących na ich wewnętrzną budowę, czy też nie wskazują

sposobu wytworzenia tych produktów. Nie są to informacje technologiczne, które inny wykonawcy będą w stanie wykorzystać w zakresie własnych produktów. W ocenie Izby takie informacje wynikowe nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba uznała, iż Zamawiający i Przystępujący nie wykazali, iż dokumenty zawierające nazwy i modele (nr katalogowe) oferowanych produktów oraz ich specyfikacje techniczne, zawierają informacje posiadające wartość gospodarczą, która powinna podlegać ochronie. W cenie Izby, wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu powinny wykazać się profesjonalizmem pozwalającym na odpowiedni dobór sprzętu, jednak ten dobór ten nie był na tyle autorski aby móc mówić o wystąpieniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ze względu na to, iż Izba uznała, że dokumenty zawierające nazwy i modele (nr katalogowe) oferowanych produktów oraz ich specyfikacje techniczne nie zawierają informacji posiadających wartość gospodarczą, Izba nie odniosła się do pozostałych przesłanek zaistnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które były kwestionowane przez Odwołującego. Fakt braku wystąpienia przesłanki wartości gospodarczej przesądza o braku istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Nie uszło uwadze Izby, iż Odwołujący w swojej ofercie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa te same informacje co Przystępujący (a nawet większy zakres informacji niż Przystępujący). Jednak należy wskazać, iż Izba jest związana zarzutami odwołania, które stanowią o jej zakresie orzekania. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym badana była oferta Przystępującego, a zatem Izba nie mogła odnieść się do oferty Odwołującego. Zamawiający natomiast będzie miał możliwość ponownego zweryfikowania oferty Odwołującego.

Powszechne na rynku zamówień publicznych zjawisko nadużywania uprawnienia do zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, którym takiego waloru przyznać nie można, powinno być zwalczane działaniami zamawiających, którzy zobligowani są do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a także działaniami Izby, która powinna nakazywać ujawnienie dokumentów nieposiadających niesłusznie zastrzeżonych. Mankamentem procedury odwoławczej jest to, iż zastrzeżenia dokonane przez Przystępującego musiał bronić Zamawiający, jednak zdecydował się on na podjęcie określonych czynności w postępowaniu, a w sytuacji kiedy po wniesieniu odwołania chciałby zrewidować swoje stanowisko, to mógł skorzystać z możliwości uwzględnienia zarzutów odwołania.

- zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że określone powyżej dokumenty i materiały stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy SUNTAR,

pomimo, iż Wykonawca ten nie zastrzegł w złożonej przez siebie ofercie, że dokumenty te nie mogą być udostępniane, nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i nie wykazał faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeganych dokumentów;

Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu. Wprawdzie zgodnie z literalną treścią art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należy złożyć w terminie składania ofert, to Izba stwierdza, iż odnosi się to do dokumentów składanych wraz z ofertą (czy też składających się na ofertę). W ocenie Izby, treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp należy odczytywać w ten sposób, iż wskazuje ona na ostatni możliwy termin na złożenie zastrzeżenia ale tylko w zakresie oferty czy też wniosku o dopuszczenie do udziału. Niedoskonałość regulacji prawnych ustawy Prawo zamówień publicznych, była wielokrotnie wyjaśniana przez Izbę. Zgodnie z utrwalonym poglądem Izby, czego nie kwestionował Odwołujący, możliwym jest zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę wyjaśnień czy dokumentów składanych przykładowo na wezwanie z art. 24 ust. 3 czy art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w momencie ich rzeczywistego składania.

W ocenie Izby, nie jest słuszny pogląd Odwołującego, iż przewidywalność wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje, iż wobec tych dokumentów należy zastosować inne zasady niż wobec wezwań o których była mowa powyżej. Przede wszystkim pozbawione sensu jest składanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bez dokumentów, które tą tajemnicę zawierają, gdyż uniemożliwiłoby to zamawiającemu zweryfikowanie skuteczności takiego zastrzeżenia, jak również Izbie ze względu na terminy na złożenie odwołania. Także stosowanie innych reguł wobec określonych wezwań mogłoby doprowadzić do niepotrzebnego zamieszania na rynku zamówień, a treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazuje na *przewidywalność*, o której wspominał Odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów 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 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: