

**Sygn. akt: KIO 780/13**

**WYROK**

**z dnia 17 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **NEWIND Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 54-413 Wrocław, ul. Klecińska 125** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12,**

przy udziale:

1. wykonawcy **OPTeam S.A. z siedzibą w miejscowości Jasionka, 36-002 Jasionka, ul. Tajęcina 113** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 780/13 po stronie zamawiającego,
2. wykonawcy **A..... Z..... - M..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Henwar z siedzibą w Warszawie, 01-883 Warszawa, ul. Perzyńskiego 20** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 780/13 po stronie zamawiającego,
3. wykonawcy **Ingrifo Sp. z o.o., Sp. komandytowa z siedzibą w Warszawie, 02-605 Warszawa, ul. Ursynowska 72** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 780/13 po stronie zamawiającego,
4. wykonawcy **Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-372 Warszawa, ul. Opaczewska 42/110** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 780/13 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę NEWIND Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 54-413 Wrocław, ul. Klecińska 125 i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NEWIND Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 54-413 Wrocław, ul. Klecińska 125** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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

Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup Centralnego Systemu Monitorowania”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 grudnia 2012 r., nr 2012/S 238-392225.

W dniu 26 marca 2012 r. wykonawca NEWIND Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „odwołującym”, dokonał wglądu do ofert wykonawców:

1. Ingrifo Sp. z o.o., Sp. komandytowa z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Ingrifo”,
2. SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Software”,
3. A..... Z..... – M..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Henwar z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej „Henwar”,
4. OPTeam S.A. z siedzibą w miejscowości Jasionka, 36-002 Jasionka, zwanego dalej „OPTeam”,
5. Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Tradex”.

W dniu 5 kwietnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 5 kwietnia 2013 r.) wobec zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności, do której był on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu załączników - załącznika B do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, „Opis oferowanych komponentów oraz informacji na temat sposobu licencjonowania Oprogramowania przeznaczonego do zbudowania Systemu umożliwiającego wykorzystanie Nielimitowanej ilości licencji”, zgodnie z zapisami rozdziału XI pkt.3 ppkt. 7) SIWZ, jeśli wykonawcy ubiegali się o przyznanie dodatkowych punktów w kryterium ocena Nielimitowanego licencjonowania produktu - złożonych wraz z ofertami przez wykonawców: Ingrifo, Software, Henwar, OPTeam oraz TRADEX, na skutek bezprawnego uznania, iż zastrzeżone w tych ofertach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
2. art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu załączników - załącznika B do SIWZ „Opis oferowanych komponentów oraz informacji na temat sposobu licencjonowania Oprogramowania przeznaczonego do zbudowania

Systemu umożliwiającego wykorzystanie nielimitowanej ilości licencji”, zgodnie z zapisami rozdz. XI pkt.3 ppkt. 7) SIWZ, jeśli wykonawcy ubiegali się o przyznanie dodatkowych punktów w kryterium ocena nielimitowanego licencjonowania produktu - złożonych wraz z ofertami przez wykonawców: Ingrifo, Software, Henwar, OPTeam i TRADEX, na skutek nieuzasadnionego uznania, że zastrzeżone w nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu odtajnienia załączników - załącznika B do SIWZ „Opis oferowanych komponentów oraz pod warunkiem, że wskazani Wykonawcy przedkładali wraz z ofertą informacji na temat sposobu licencjonowania Oprogramowania przeznaczonego do zbudowania Systemu umożliwiającego wykorzystanie nielimitowanej ilości licencji”, zgodnie z zapisami rozdz. XI pkt.3 ppkt. 7) SIWZ, jeśli wykonawcy ubiegali się o przyznanie dodatkowych punktów w kryterium ocena nielimitowanego licencjonowania produktu - złożonych wraz z ofertami przez wykonawców: Ingrifo, Software, Henwar, OPTeam i TRADEX.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach wymienionych wykonawców za takowe nie mogą zostać uznane. Są to bowiem dane dotyczące oferowanego oprogramowania, które jest powszechnie dostępne na rynku, a zatem niewątpliwie nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa wykonawcy lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Funkcjonalności oferowanych produktów są powszechnie dostępne, co więcej nie są to informacje przedsiębiorstwa wykonawców, a ewentualnie przedsiębiorstwa producenta tych komponentów. Nawet zatem pod względem formalnym wykonawcy ci nie mają podstaw do uznania ich za swoją tajemnicę przedsiębiorstwa i podejmowania działań zmierzających do zachowania ww. danych w poufności. Informacje te zawierają ujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne. Ponadto informacje zawarte w załączniku B do SIWZ „Opis oferowanych komponentów” będą stanowiły treść załącznika nr 10.7 do umowy.

W dniu 8 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 10 kwietnia 2013 r. wykonawca OPTeam i wykonawca Henwar przystąpili do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 11 kwietnia 2013 r. wykonawca Ingrifo i wykonawca Tradex przystąpili do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje bowiem odrzucenie odwołania wyłącznie w wypadku, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. A ponieważ „(...) przesłanki odrzucenia odwołania należy interpretować możliwie wąsko, i choć może się wydawać, że uchybienie terminowi określonymu ustawą powinno mieć taki sam skutek bez względu na to, czy został przekroczony w ten sposób, że odwołanie złożono po upływie terminu, czy zanim termin rozpoczął swój bieg, jednak ustawodawca wyraźnie wyróżnił w przesłankach odrzucenia odwołania wyłącznie (...) złożenie odwołania po jego upływie” (wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r., w sprawie o sygn. akt KIO 583/12) w niniejszym stanie faktycznym brak jest podstaw do jego odrzucenia.

W niniejszym stanie faktycznym należy odwołać się także do treści art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż wobec czynności innych niż wymienione w ust. 1 i 2 tego przepisu odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Przesłanką do wniesienia odwołania jest zatem określona czynność lub zaniechanie zamawiającego, a nie innego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym fakt, iż dany wykonawca dokonał bezzasadnego, zdaniem innego wykonawcy, zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż zaistniała podstawa do wniesienia odwołania. Podstawę taką stanowić będzie odmowa udostępnienia pełnej treści oferty, w tym w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa. A ponieważ w tym konkretnym stanie faktycznym odwołujący dokonał wglądu do kwestionowanych ofert już w dniu 26 marca 2013 r., już wówczas stwierdzając, że w treści tych ofert zastrzeżono informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa a następnie skierował do zamawiającego pismo (z dnia 28 marca 2013 r.) z wnioskiem o udostępnienie mu tych informacji względnie poinformowanie go o wszczęciu procedury związanej z weryfikacją zastrzeżonych informacji i informacji takiej nie

otrzymał do dnia 5 kwietnia 2013 r. wniesienie odwołania dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, w okolicznościach niniejszej sprawy, mogłoby być potraktowane jako wniesione po terminie (np. wyrok KIO z dnia 1 lipca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1308/11).

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie ze względu na brak interesu w uzyskaniu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Niewątpliwym jest, iż odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, gdyż złożył w nim ofertę.

Niemniej jednak środki ochrony prawnej może wnosić tylko taki wykonawca, który nie tylko, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Tak więc w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż musi ona pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy Pzp. Tym samym koniecznym jest wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności, wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Tymczasem odwołujący nie jest w stanie wykazać szkody jaką poniósł lub jaką może ponieść na skutek tego, że zamawiający przeprowadza procedurę związaną ze skutecznością zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jak i wskazać naruszenia jakich to przepisów ustawy Pzp dopuścił się zamawiający, prowadząc ją w określony sposób. W niniejszym stanie faktycznym – jak wynika to z treści pisma zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2013 r. (odpowiedź na odwołanie) oraz pisma z dnia 10 kwietnia 2013 r. – zamawiający jest bowiem na etapie badania ofert, w ramach której to czynności dokonuje oceny spełnienia przez wykonawców przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1999 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 203 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), a prace związane z weryfikacją zastrzeżonych części kwestionowanych ofert, co także konsekwentnie podnosił na rozprawie, nie zostały jeszcze zakończone. Tak więc zamawiający nie dokonał jeszcze czynności badania i oceny

ofert. Dlatego też kwestionowanie obecnie zastrzeżenia oznaczałoby w istocie podnoszenie zarzutu do czynności wykonawcy, który dokonał takiego zastrzeżenia, a nie działań lub zaniechań zamawiającego. Tymczasem odwołanie - zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp – przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechania czynności zamawiającego. Ustawa nie określa przy tym zamawiającemu terminu, w jakim badanie zastrzeżenia powinno być zakończono. W rozpatrywanej sprawie zamawiający jest w trakcie weryfikacji skuteczności zastrzeżenia informacji wskazanych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym brak jest podstaw do zarzucania mu z zaniechania dokonania czynności, do której jest zobowiązany. A ponieważ ustawodawca nie uregulował trybu badania skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i nie określił zamawiającemu prowadzącemu postępowanie konkretnego terminu na ich dokonanie brak jest podstaw do stawiania mu takiego zarzutu. Postulat szybkości postępowania, a nawet niezwłoczności badania nie może przeważać nad zasadami wymagającymi rzetelnego dokonania tych czynności.

Odwołujący nie wykazał przy tym, iż brak uzyskania informacji dotyczących skuteczności zastrzeżenia na skutek prowadzenia przez zamawiającego procedury zasadności zastrzeżenia – wobec braku w obowiązujących przepisach prawa jednoznacznego wskazania terminu na wypełnienie tego obowiązku przez zamawiającego, spowoduje szkodę. W rozpatrywanej sprawie zamawiający nie zajął bowiem ostatecznego stanowiska co do zasadności zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż nadal trwa czynność badania i oceny ofert wykonawców. A ponieważ wykazanie możliwości poniesienia szkody jest nierozdzielnie połączone z naruszeniem przepisów ustawy przez zamawiającego to dopiero naruszenie konkretnego przepisu ustawy Pzp może prowadzić do zaistnienia po stronie odwołującego uszczerbku. Skoro więc brak jest takiego naruszenia nie można mówić o szkodzie. Okoliczności takiej odwołujący bowiem nie wykazał, a co więcej sam przyznał, iż przepisy ustawy Pzp terminu na przekazanie informacji o wszczęciu procedury dotyczącej zbadania skuteczności zastrzeżenia określonych informacji nie zawierają.

Reasumując stwierdzić należy, iż skoro art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę okoliczność, iż odwołujący nie wykazał możliwości poniesienia szkody, nie wykazał także interesu we wniesieniu przedmiotowego odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:** .....