

WYROK

z dnia 22 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (pełnomocnik konsorcjum), (2) IZAN+ Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Chirurgii Urazowej im. Dr Janusza Daaba, ul. Bytomska 62, 41-940 Piekary Śląskie**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (pełnomocnik konsorcjum), (2) IZAN+ Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (pełnomocnik konsorcjum), (2) IZAN+ Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (pełnomocnik konsorcjum), (2) IZAN+ Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Chirurgii Urazowej**

im. Dr Janusza Daaba, ul. Bytomska 62, 41-940 Piekary Śląskie kwotę **3 846 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset czterdzieści sześć złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Chirurgii Urazowej im. Dr Janusza Daaba, ul. Bytomska 62, 41-940 Piekary Śląskie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę utrzymania czystości i obsługi pozamedycznej. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

8 czerwca 2012 r. Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, działając w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (pełnomocnik konsorcjum), (2) IZAN+ Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków (dalej: „odwołujący” lub „Konsorcjum Naprzód”) wniosła odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego:

1. zaniechania czynności odtajnienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: Impel Cleaning sp. z o.o. oraz Hospital Serwis sp. z o.o. Sp. k. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (dalej: „Konsorcjum Impel”) pomimo, iż utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
2. zaniechania czynności odtajnienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: Forsolis Sp. z o.o. Uni-Art. Grup Sp. z o.o. Sp.k. ul. Czerwieńskiego 6, 40-123 Katowice (dalej: „Konsorcjum Forsolis”) pomimo, iż utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym odwołujący zarzucał zamawiającemu:

1. naruszenie art. 8 ust. 1-3 Pzp w związku z nie odtajnieniem oferty Konsorcjum Impel, pomimo iż utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
2. naruszenie art. 8 ust. 1-3 Pzp w związku z nie odtajnieniem oferty Konsorcjum Forsolis, pomimo iż utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;

3. naruszenie art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, iż dokumenty zastrzeżone przez Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;
4. naruszenie art. 7 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wnosił o odtajnienie zastrzeżonych części ofert złożonych przez Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis.

Izba ustaliła, że kopia odwołania została przekazana zamawiającemu z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 5 Pzp.

W treści uzasadnienia odwołujący podnosił, że 1 czerwca 2012 r. zamawiający poinformował odwołującego o utajnieniu przez Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis części ofert, wskazując, iż nie mogą być udostępnione jako że w części stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśniał, że w treści pisma zamawiający wskazał, iż nie znalazł przesłanek do podjęcia decyzji o odtajnieniu niejawnych części ofert. Zdaniem odwołującego takie działanie zamawiającego jest niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

Konsorcjum Impel zastrzegł w ofercie jako niejawne następujące informacje: harmonogramy pracy, struktura organizacji pracy, technologie sprzątnia, standardy i procedury wypełniania planów higieny w tym wszystkie składowe wymienionych elementów.

Konsorcjum Forsolis zastrzegł w ofercie jako niejawne następujące informacje: roczny plan szkoleń personelu sprzątnącego, poprawne standardy sprzątnia w podziale na częstotliwości, rodzaje pomieszczeń, opis rodzajów czyszczenia (natychmiastowe, interwencyjne, zasady dezynfekcji), poprawna technologia sprzątnia z podziałem na strefy, pomieszczenia przydzielona ilość pracowników i sprzętu z uwzględnieniem planu higieny, obsady personalne z podziałem na czyste i brudne, struktura organizacji pracy, schemat organizacji pracy, charakterystyka stanowisk pracy ze schematu organizacyjnego (karta pracy), procedury i standardy, procedury mycia i dezynfekcji rąk, procedura postępowania po ekspozycji na krew i inny potencjalny materiał infekcyjny wraz z umową ze Szpitalem Specjalistycznym w Chorzowie, zasady prawidłowego sprzątnia.

Odwołujący nie zgadzał się z utajnieniem powyżej wskazanych informacji podnosząc, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) – dalej: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Zgodnie z tym 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Wskazywał, że powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Ponadto podkreślał, że powszechnie przyjmuje się zdaniem Sądu Najwyższego, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna.

Zwracał uwagę, że w odniesieniu do ofert Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis złożonych w przedmiotowym postępowaniu trudno zgodzić się ze stanowiskiem, że zastrzeżone w ofertach informacje posiadają wartość gospodarczą, gdyż wykonawcy nie wykazali, na czym polega ta wartość. Tymczasem poufność informacji w omawianym aspekcie powinna mieć znaczenie dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, biorąc pod uwagę, zwrot jakim posługuje się ustawodawca „wartość gospodarcza”. W ocenie odwołującego utajnione przez Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis informacje nie mają charakteru unikalnego, nowatorskiego. Wręcz przeciwnie zostały opracowane na potrzeby konkretnego postępowania, ale w oparciu o informacje przedstawione przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego dane zawarte w ofertach Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są w większości znane ogółowi społeczeństwa, w szczególności podmiotom trudniącym się wykonywaniem czynności będących przedmiotem niniejszego postępowania. Większość z nich jest dostępna na stronach internetowych, czy to zamawiającego czy to instytucji opracowujących różnego rodzaju instrukcje. Zastrzeżone przez w/w wykonawców dokumenty nie mają szczególnego charakteru zawierającego niepowtarzalne dane danego przedsiębiorcy o

charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, nie zawierają informacji znanych tylko tym wykonawcom, a mają na celu uniemożliwienie pozostałym wykonawcom dokonania oceny ich ofert.

W ocenie Konsorcjum Naprzód nie wykazano również, iż wykonawcy podjęli niezbędne działania w celu zachowania poufności spornych informacji. Wyjaśniał również, że działanie wykonawców musi, bowiem doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Natomiast zdaniem odwołującego ww. wykonawcy nie podjęli czynności, które zapewniłyby zachowanie poufności, gdyż informacje o podobnym charakterze ujawniają w innych postępowaniach, nie wykazali też, że w odniesieniu do spornych danych, zachowali szczególne środki w swoim przedsiębiorstwie, uniemożliwiające dostęp do nich swoim pracownikom, a nie tylko określonej grupie pracowników. Zwracał uwagę, że zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie, stanowi jedynie próbę uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi natomiast podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podkreślał, iż niezasadne utajnienie części ofert wykonawców Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zastrzeżenie informacji jako niejawnych uniemożliwia, bowiem pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu dokonania kontroli czy oferty pozostałych wykonawców są zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”), co w konsekwencji ogranicza dostęp do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Zwracał uwagę, że zamawiający powinien wnikliwie zbadać ofertę pod kątem spełnienia przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czego w ocenie odwołującego w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie uczynił.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

29 maja 2012 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie informacji, czy oferty wykonawców złożone w rozpoznawanym postępowaniu są w całości jawne. W przypadku dokonania przez któregoś z wykonawców zastrzeżeń części złożonej oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący prosił o podanie informacji, jakie części zostały zastrzeżone i

jednocześnie wnosił o zajęcie stanowiska, czy zamawiający odtajni niejawne części dokumentów. Odwołujący również prosił o podanie ww. informacji w terminie do dnia 31 maja 2012 r. do godz. 14.00.

Pismem z dnia 1 czerwca 2012 r. zamawiający poinformował odwołującego o utajnieniu przez Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis części ofert złożonych w postępowaniu.

Z ustaleń Izby wynika, że Konsorcjum Impel zastrzegło w ofercie jako niejawne następujące informacje: od str. 595 (część III) do strony 1167 (część IV), tj.: harmonogramy pracy, struktura organizacji pracy, technologie sprzątnia, standardy i procedury wypełniania planów higieny w tym wszystkie składowe wymienionych elementów. Natomiast Konsorcjum Forsolis zastrzegło w ofercie jako niejawne następujące informacje: roczny plan szkoleń personelu sprzątnającego, poprawne standardy sprzątnia w podziale na częstotliwości, rodzaje pomieszczeń, opis rodzajów czyszczenia (natychmiastowe, interwencyjne, zasady dezynfekcji), poprawna technologia sprzątnia z podziałem na strefy, pomieszczenia przydzielona ilość pracowników i sprzętu z uwzględnieniem planu higieny, obsady personalne z podziałem na czyste i brudne, struktura organizacji pracy, schemat organizacji pracy, charakterystyka stanowisk pracy ze schematu organizacyjnego (karta pracy), procedury i standardy, procedury mycia i dezynfekcji rąk, procedura postępowania po ekspozycji na krew i inny potencjalny materiał infekcyjny wraz z umową ze Szpitalem Specjalistycznym w Chorzowie, zasady prawidłowego sprzątnia.

W przywołanym powyżej piśmie zamawiający podał: „Na dzień dzisiejszy zamawiający nie znalazł przesłanek do podjęcia decyzji o odtajnieniu niejawnych części ofert”.

Pismami z dnia 11 czerwca 2012 r. zamawiający - w związku z zastrzeżeniem części złożonych ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - zwrócił się do wykonawców, w tym Konsorcjum Impel i Konsorcjum Forsolis z prośbą wyjaśnienia. Wykonawcy - Konsorcjum Impel i Konsorcjum Forsolis pismami z 13 i 14 czerwca 2012 r. – udzielili zamawiającemu stosownych wyjaśnień. Ponadto Konsorcjum Forsolis wyraziło zgodę na odtajnienie informacji zawartych w następujących dokumentach: Procedury i standardy (str. 484) oraz Procedura mycia i dezynfekcji rąk (str. 485-486).

Podczas rozprawy zamawiający oświadczył, że jest toku badania prawidłowości zastrzeżenia określonych informacji w ofertach złożonych przez Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis. Ponadto zamawiający wskazał, że jeszcze nie zakończył badania i

oceny ofert i nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu.

Zważywszy powyższe należy wskazać, iż odwołujący jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż posiada status wykonawcy, jednak nie jest legitymowany do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (przesłanki materialno-prawne wniesienia odwołania).

Zdaniem Izby odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, zatem niewątpliwie ubiegając się, jako wykonawca, o zamówienie w tym postępowaniu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy w stanie faktycznym sprawy odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku wskazywanych w odwołaniu naruszeń ustawy.

W tym miejscu zasadne jest wskazanie, że ani w kodeksie cywilnym, ani w Pzp pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy Izba stwierdziła, że odwołujący na tym etapie postępowania, tj. w toku badania przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach złożonych przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Forsolis, nie może ponieść nawet potencjalnie szkody. Jednocześnie Izba wyraża pogląd, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1-3 Pzp należy uznać za zgłoszone przez odwołującego przedwcześnie.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie termin na wniesienie odwołania w związku z dokonanymi w ofertach - Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis - zastrzeżeniami informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mógł rozpocząć bieg najwcześniej od dnia następnego po przesłaniu przez zamawiającego informacji o tym, że zakończył procesu badania ofert w omawianym zakresie lub informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, ponieważ wówczas oczywistym jest, że zamawiający całkowicie zakończył procedurę badania i oceny ofert.

Z tego rodzaju sytuacją nie mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, ponieważ co prawda w piśmie z dnia 1 czerwca 2012 r. zamawiający nie wskazał wprost, że zakończył już proces badania skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji zawartych w ofertach Konsorcjum Impel i Konsorcjum Forsolis, to jednak jasno sprecyzował, że jedynie „na dzień dzisiejszy”, tj. na dzień 1 czerwca 2012 r., nie znalazł przesłanek do podjęcia decyzji o odtajnieniu niejawnych części ofert ww. wykonawców. Prezentowane powyżej wyjaśnienia zamawiającego nabierają szczególnego znaczenia w kontekście pisma Konsorcjum Naprzód (pismo z dnia 29 maja 2012 r.), w którym wykonawca prosił o podanie informacji o stanowisku zamawiającego w rozpoznawanej kwestii do dnia 31 maja 2012 r. do godz. 14.00. Zamawiający przychyłając się do prośby odwołującego podał żadaną informację na dzień 1 czerwca 2012 r. Jednak w ocenie Izby z powyższego nie sposób wywieść, że zamawiający zakończył już proces badania ofert wykonawców i uznał, że zastrzeżone części ofert Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis nie mogą być udostępnione jako że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem twierdzenia odwołującego, że zamawiający nie znalazł przesłanek do podjęcia decyzji o odtajnieniu niejawnych części ofert Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis stanowią nadinterpretację stanowiska zamawiającego wyrażoną w piśmie z dnia 1 czerwca 2012 r..

W związku z powyższym nie sposób zgodzić się z odwołującym, który podnosił, że datą od której winien być liczony termin na wniesienie odwołania jest dzień, gdy odwołujący powziął informację o dokonanym zastrzeżeniu, tj. w dniu 1 czerwca 2012 r. Kluczowym w niniejszej sytuacji jest, że zamawiający obecnie jest w toku badania i oceny ofert, która obejmuje również badanie złożonych ofert pod kątem prawidłowości zastrzeżenia w części złożonych ofert

określonych informacji, które wykonawcy uznali za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Następnym stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności ww. zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w chwili gdy zamawiający po przeprowadzeniu odpowiedniego badania przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Istotnym jest, że przepisy nie konkretyzują terminu na dokonanie ww. czynności przez zamawiającego ale oczywistym jest winna być ona przeprowadzona na etapie badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu, ponieważ to właśnie wówczas zamawiający bada informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i w zależności od przyjętej oceny udostępnia je wykonawcom albo odmawia ich udostępnienia. Tym samym, aż do momentu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu zamawiający ma możliwość podejmowania czynności w powyższym zakresie. O zaniechaniu zamawiającego w zakresie czynności odtajnienia dokumentów zawartych w ofertach wykonawców, w przypadku gdy nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, możemy mówić dopiero po dokonaniu badania i oceny ofert, której termin upływa wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Wobec tego liczenie terminu na wniesienie odwołania od daty otwarcia ofert w sytuacji, gdy zamawiający jeszcze nie dokonał czynności badania i oceny ofert, sprowadziłoby się jedynie do kwestionowania czynności wykonawcy – dokonania zastrzeżenia, nie zaś działań lub zaniechań zamawiającego. Tym samym skoro odwołanie zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp dotyczy wyłącznie czynności lub zaniechań zamawiającego wskazanych w ustawie, to badanie skuteczności dokonanego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi element czynności badania i oceny ofert. W takiej sytuacji termin na kwestionowanie

dokonanego zastrzeżenia rozpoczyna swój bieg od daty przesłania informacji, o której mowa w art. 92 ust. 1 Pzp (wyrok KIO z dnia 4 marca 2011 r. o sygn. akt KIO 322/11 oraz wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1039/11).

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izby stwierdzić należy, że zarzuty zaniechania czynności odtajnienia ofert Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Forsolis, zostały zgłoszone przedwcześnie. Izba wskazuje, że odwołującemu będzie przysługiwać środek ochrony prawnej w postaci odwołania w sytuacji, gdy zamawiający zakończy proces badania skuteczności zastrzeżenia części ofert Konsorcjum Impel i Konsorcjum Forsolis i poinformuje odwołującego o tym fakcie odrębnym pismem lub w sytuacji, gdy przekaze informację o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która oznacza, że zamawiający zakończył już całkowicie proces badania i oceny ofert w prowadzonym postępowaniu.

Reasumując, wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania co najmniej możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę, iż odwołujący wykazał interes, a nie wykazał możliwości poniesienia szkody, zasadnym jest przyjęcie, że na gruncie badanej sprawy nie jest legitymowany do wniesienia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł na podstawie przedłożonej kopii faktury VAT oraz koszty związane z przejazdem na rozprawę w kwocie 246 zł na podstawie biletów PKP.

Przewodniczący

