

Sygn. akt: KIO 1817/13

WYROK

z dnia 12 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2013 r. przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S.A., ul. Moniuszki 1a, 00-014 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Inforsys S.A., ul. Jana Pawła II 24, 05-250 Radzymin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S.A., ul. Moniuszki 1a, 00-014 Warszawa** 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 **Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S.A., ul. Moniuszki 1a, 00-014 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S.A., ul. Moniuszki 1a, 00-014 Warszawa** na rzecz Zamawiającego - **Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wizualizowanie, drukowanie, kopertowanie i przekazywanie dokumentów do operatora pocztowego.” Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Integrated Solutions Sp. z o.o. (lider i pełnomocnik) oraz Telekomunikacja Polska S.A. z Warszawy podniósł, że w tym postępowaniu Zamawiający – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z Warszawy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz bezpodstawnie zaniechał weryfikacji skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w oświadczeniach finansowych o obrotach wykonawcy - złożonych przez wykonawców Inforsys S.A., Unizeto Technologies S.A., Itella Information Sp. z o.o. i odtajnienia tych informacji. Odwołujący podał, że o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej został poinformowany pismem z dnia 16 lipca 2013 r., a zatem termin na wniesienia odwołania określony w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy został dochowany.

Stwierdził także, że niniejsze odwołanie wnosi (...) na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy i jednocześnie oświadcza, iż jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołujący oświadcza, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy”. W odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 i art. 91 tej ustawy z uwagi na podjęcie przedwcześnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem koniecznych czynności badania ofert złożonych w postępowaniu i oceny istnienia przesłanek lub ich braku - skutkujących wykluczeniem wykonawców z udziału w postępowaniu. Wskazał również na naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 2 i 3 tej ustawy, z uwagi na zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców Inforsys S.A., Unizeto Technologies S.A., Itella Information Sp. z o.o., jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w oświadczeniach finansowych o obrotach wykonawcy. Zdaniem wykonawcy naruszony został także art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie

odtajnienia wskazanych informacji. W konkluzji Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania badania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców Inforsys S.A., Unizeto Technologies S.A., Itella Information Sp. z o.o., jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w oświadczeniach finansowych o obrotach wykonawcy oraz dokonania odtajnienia tych informacji. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że art. 8 ust. 1 ustawy Pzp (...) wyraża ogólną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Szeroki zakres regulacji dotyczącej jawności postępowania wynika z konstytucyjnej zasady jawności działań podmiotów publicznych. Zasada jawności wpływa bezpośrednio na kształt postępowania o udzielanie zamówienia publicznego, wyrażając się w szczególności w obowiązku publicznego ogłoszenia o wszczęciu postępowania w sprawie zamówienia publicznego, obowiązku dokumentowania przebiegu tego postępowania poprzez sporządzenie jawnego protokołu (art. 96 ust. 3 ustawy), jawności otwarcia ofert czy wreszcie jawności wyniku postępowania - tj. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykluczeniu lub o odrzuceniu oferty danego wykonawcy (art. 92 ustawy) czy unieważnieniu postępowania (art. 93 ust. 3 ustawy).

Z praktycznego punktu widzenia, z uwagi na interesy wykonawców uczestniczących w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, kluczowa jest jawność protokołu sporządzanego z postępowania, a także jawność załączników do protokołu. Wskazał, że w protokole znajdują się m.in. informacje o wykonawcach, cenach i istotnych elementach wszystkich złożonych w toku postępowania ofert. Natomiast oferty, opinie biegłych, oświadczenia, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców stanowią załącznik do tego protokołu. W praktyce, zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 26.10.2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamówienia publicznego - zamawiający ma obowiązek udostępnić protokół, a także załączniki do protokołu, każdemu, kto złoży stosowny wniosek. Z powyższego wynika, iż zgodnie z ogólną zasadą jawności każdy podmiot, w tym również konkurencja wykonawcy, może zapoznać się z treścią dokumentacji sporządzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego". Wykonawca dalej podał, że zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert

lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Definicję legalną „tajemnicy przedsiębiorstwa” wprowadzono w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z brzemieniem art. 11 ust. 4 tej ustawy, 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 poufności. W konkluzji stwierdził, że wykonawca Inforsys S.A. nie dokonał skutecznego zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w oświadczeniu finansowym o obrotach wykonawcy. Nadmieniał, że (...) w treści oferty tego wykonawcy oświadczenie finansowe o obrotach wykonawcy nie zostało wymienione, jako załączone do oferty - ani w formularzu oferty (strona 3 oferty), ani też w oświadczeniu o ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa (strona 29 oferty). Można wobec tego domniemywać, że wykonawca ten nie załączył rzeczonego oświadczenia do oferty. Bazując jednak na twierdzeniu Zamawiającego, iż takie oświadczenie zostało przedłożone wraz z dokumentami zastrzeżonymi, jako tajemnica przedsiębiorstwa (w odrębnej kopercie), zasadny staje się zarzut dotyczący zarówno zaniechania przez Zamawiającego zbadania skuteczności zastrzeżenia oświadczenia finansowego o obrotach wykonawcy, jako zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego informacji zawartych w tym wykazie”. Ponownie stwierdził, że (...) jedną z przesłanek koniecznych do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest dokonanie zastrzeżenia tajności przekazywanych informacji w określonym czasie - nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tymczasem, jak pokazuje analiza treści oferty złożonej przez wykonawcę Inforsys S.A., wykonawca ten nie złożył oświadczenia o zastrzeżeniu, [jako tajemnicy przedsiębiorstwa] oświadczenia finansowego o obrotach wykonawcy. Zastrzeżenie takie nie znajduje się, ani w formularzu oferty, ani w żadnym innym oświadczeniu i dokumencie załączonym do oferty, w tym w oświadczeniu o ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa - strona 29 oferty. W treści tego ostatniego dokumentu wykonawca Inforsys S.A. jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł wyłącznie szczegółowy opis realizacji zamówienia przez wykonawcę, wykaz należycie wykonywanych lub wykonanych usług oraz dowody wskazujące, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zastrzeżenie zakazu udostępniania

informacji dokonane przez wykonawcę stają 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. Co do zasady 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”. W ocenie Odwołującego wykonawca Inforsys S.A. nie dokonał [nie później niż w terminie składania ofert] skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w oświadczeniu finansowym o obrotach wykonawcy. Zamawiający pominął tę okoliczność podczas badania i oceny ofert, czym naruszył dyspozycję art. 26 ust. 4 ustawy, a tym samym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy”. Dodatkowo podniósł, że (...) nawet gdyby wykonawca Inforsys S.A. dokonał zastrzeżenia informacji zawartych w oświadczeniu finansowym o obrotach wykonawcy, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób wymagany przepisami prawa, to i tak takie zastrzeżenie jest nieskuteczne. Zarzut ten dotyczy również zastrzeżenia dokonanego przez innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być wyłącznie takie informacje, które nie są ujawnione do informacji publicznej”. Podkreślił, że w celu objęcia danej informacji ochroną prawną muszą zostać łącznie spełnione następujące przesłanki: poufność informacji, kwalifikowany charakter informacji, oraz podjęte działania zmierzające do zabezpieczenia informacji. Oznacza to, po

pierwsze, że informacja traci cechę poufności w przypadku, gdy co prawda nie jest znana każdemu członkowi danej społeczności, ale każdy może z łatwością do danej informacji dotrzeć, np. za pomocą Internetu. Wykonawca stwierdził również, że kolejnym ważnym elementem, konstytuującym tajemnicę przedsiębiorstwa, jest podjęcie przez przedsiębiorcę niezbędnych działań zmierzających do zachowania poufności informacji. W literaturze przedmiotu wskazuje się na dwa aspekty podejmowanych przez przedsiębiorcę działań. Pierwszym istotnym aspektem jest zmanifestowanie woli przedsiębiorcy objęcia ochroną danej informacji. Zdaniem komentatorów dla istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest ujawnienie przez przedsiębiorcę woli w sposób wyraźny lub tylko dorozumiany, która to wola powinna być nakierowana na zachowanie poufności danych. Drugim aspektem, podjęcia przez przedsiębiorcę niezbędnych działań zmierzających do zachowania poufności informacji jest zapewnienie rzeczywistej ochrony informacji. W stosunku do informacji zawartych w oświadczeniu finansowym o obrocie wykonawcy żadna z powyższych przesłanek nie została spełniona, albowiem informacje w przedmiocie wielkości obrotów, wysokości zysku, wielkości zobowiązań i należności za 2 ostatnie lata obrotowe, są informacjami jawnymi i dostęp do nich nie jest ograniczony. Odwołujący podniósł, że spółki Inforsys S.A., Unizeto Technologies SA., Itella Information Sp. z o.o. mają, bowiem obowiązek zgłaszania do Krajowego Rejestru Sądowego informacji o sprawozdaniach finansowych, a same sprawozdania publikowane są w Monitorze Gospodarczym i Sądowym. Wynika to z treści odpisów z Krajowego Rejestru Sądowego tych wykonawców, załączonych do złożonych ofert. Odwołujący, wskazując na orzecznictwo KIO, podkreślił, że decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz, że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu. Tym samym zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności, obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, na podstawie powszechnie dostępnych sprawozdań finansowych, można pozyskać dane o wielkości obrotów, wysokości zysku, wielkości zobowiązań i

należności za 2 ostatnie lata obrotowe, które to informacje żądane były przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro, zatem dokumenty, na podstawie, których można ustalić wielkość danych żądanych przez Zamawiającego, są publicznie dostępne, informacja o tychże danych nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy i nie podlega ona ochronie zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy. Wykonawca stwierdził również, że (...) Zamawiający w zaistniałych okolicznościach miał obowiązek odtajnić informacje zawarte w oświadczeniu finansowym o obrotach wykonawcy, złożonym w ofertach wykonawców Inforsys S.A., Unizeto Technologies SA., Itella Information Sp. z o.o. i udostępnić te oświadczenia wszystkim uczestnikom postępowania. Zaniechanie dokonania tej czynności narusza przepisy ustawy”. Dalej podał, że z uwagi na powyższe, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana przez Zamawiającego przedwcześnie - z uchybieniem przepisów nakładających na Zamawiającego obowiązek badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców z należytą starannością. Narusza to dyspozycję art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 i art. 91 ustawy Pzp. W konkluzji wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania badania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców Inforsys S.A., Unizeto Technologies S.A., Itella Information Sp. z o.o., jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w oświadczeniach finansowych o obrotach wykonawcy, dokonania odtajnienia informacji zawartych w oświadczeniach finansowych o obrotach wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - Inforsys S.A. wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający – na podstawie art.186 ust.1 ustawy Pzp w wyjaśnieniach [pismo z dnia 2 sierpnia br] podał, że wymagał, aby wraz z ofertą wykonawcy przedłożyli oświadczenia o obrotach finansowych wedle wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do formularza ofertowego zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawcy złożyli wymagane oświadczenie, przy czym zastrzegli informacje zawarte w oświadczeniach, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Złożone oświadczenia zawierają informacje o obrotach, zyskach, zobowiązaniach i należnościach za ostatnie 2 lata obrotowe. Dane takie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa,

gdyż opisują jego kondycję finansową i ekonomiczną, jednakże dane te zawarte są również w sprawozdaniach finansowych spółek. Dalej stwierdził, że (...) Zgodnie z art. 8a ust 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. katalog KRS obejmuje dokumenty spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółek akcyjnych, w tym roczne sprawozdania finansowe {pkt 2 ust 1). Jednocześnie zgodnie z zasadą jawności rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego każdy ma prawo do dostępu do informacji, jak też do otrzymania kopii dokumentów. Tym samym nie można uznać, że sprawozdania finansowe spółek kapitałowych mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zaś oświadczenie o obrotach finansowych wykonawcy składane wraz z ofertą prezentuje informację, które zawarte są w sprawozdaniu finansowym. W związku z powyższym Zamawiający uwzględnia odwołanie w ten sposób, iż uznaje oświadczenia wskazanych wykonawców za część jawną oferty każdego z nich i jest gotowy do udostępnienia tych informacji w trybie przewidzianym przepisami o dostępie do załączników do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Jednocześnie stwierdził, że (...) nie znalazł podstaw do uznania, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej była dokonana przedwcześnie, gdyż nie został pominięty żaden z wymaganych prawem etapów badania i oceny ofert. Odwołujący nie znając stanu faktycznego założył bezpodstawnie, że zamawiający nie dokonał badania oświadczeń o obrotach finansowych wykonawcy. Twierdzenie to jest niezgodne z prawdą i nie zostało w żaden sposób udowodnione w odwołaniu. Złożone przez wykonawców oświadczenia o obrotach finansowych wskazują na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, podlegały ocenie przez Zamawiającego - nie zachodzi, więc podstawa do wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą lub odrzucenia tej oferty. Tym samym zgłoszone w odwołaniu żądanie unieważnienia czynności wykracza poza konsekwencje prawne postawionego zarzutu braku odtajnienia części oferty. Zamawiający nie znalazł podstaw do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nie będzie dokonywał powtórzenia czynności badania i oceny ofert”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Tak jak ustaliła Izba w odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 i art. 91 tej ustawy z uwagi na podjęcie przedwcześnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem koniecznych czynności badania ofert i oceny istnienia przesłanek lub ich braku - skutkujących wykluczeniem wykonawców z udziału w postępowaniu. Wskazał również na naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 2 i 3 tej ustawy z uwagi na zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców Inforsys S.A., Unizeto Technologies S.A., Itella Information Sp. z o.o., jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w oświadczeniach finansowych o obrotach wykonawcy. Zdaniem wykonawcy naruszony został także art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 3 tej ustawy, z uwagi na zaniechanie odtajnienia wskazanych informacji. Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania badania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców Inforsys S.A., Unizeto Technologies S.A., Itella Information Sp. z o.o., jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w oświadczeniach finansowych o obrotach wykonawcy oraz dokonania odtajnienia tych informacji.

W niniejszej sprawie, rozpatrując w pierwszej kolejności zarzut dotyczący nieuprawnionego zastrzeżenia w ofercie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców Inforsys S.A., Unizeto Technologies S.A., oraz Itella Information Sp. z o.o., Izba miała na uwadze odpowiednio przepis art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazany art. 189 ust.2 ustawy Pzp zdanie pierwsze stanowi, że Izba zobowiązana jest z urzędu odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi m.in., że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego ustawą [ust. 2 pkt 3]. Okoliczności, o których mowa w tym przepisie stanowią negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania, co do jego meritum i tym samym jej zaistnienie skutkuje odrzuceniem odwołania. Powyższa regulacja ma także odpowiednie zastosowanie do zarzutu podniesionego po terminie, jednakże w takim przypadku - co podkreślane jest w orzecznictwie i doktrynie – zarzut jest pozostawiany przez KIO bez jego merytorycznego rozpoznania. Powyższe ma odpowiednie zastosowanie, w niniejszej sprawie, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 3 tej ustawy, gdyż zarzut ten podniesiony został – według

ustaleń Izby - po upływie terminu określonego przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp - wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu, [takich jak niezasadna odmowa udostępnienia [odtajnienia], czy też niezasadne zastrzeżenie informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego] 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. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO oraz doktrynie, ustawa Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestionowanej czynności - braku uchylenia zakazu ujawnienia informacji, niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa – nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji i podjętej czynności. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym, każdy wykonawca, zachowując należyta staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz stanowisko zamawiającego w przedmiocie odmowy ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty, bądź - alternatywnie [o ile jest to uzasadnione okolicznościami faktycznymi] w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty [ofert] w pełnym zakresie – również w tym zastrzeżonym. W niniejszym stanie faktycznym, wykonawcy mogli powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, chociażby w dniu 10 lipca 2013 r., albowiem w tym dniu nastąpiło udostępnienie części jawnej ofert, części A, tak jak w przypadku oferty wykonawcy Inforsys S.A., z wyłączeniem części B oferty – zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, w której to części znajdowało się oświadczenie finansowe. Izba, co prawda zauważyła, że w załączniku nr 4 do formularza – Oświadczenie o ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa - nie został wskazany załącznik nr 5 – Oświadczenie finansowe zastrzeżony, ale również tego formularza nie zamieszczono w części A. a zatem Odwołujący przy dochowaniu należytej staranności mógł ustalić, gdzie należy poszukiwać tego załącznika. Zgodnie z ustaleniami Izby, sporne Oświadczenie zamieszczono na str 47 oferty w części B. Izba zwraca uwagę, że na rozprawie Zamawiający okazał oryginał oferty, której każda z części A i B miała zwartą postać, a część B [od str 33] była kontynuacją

części A, która zawierała 32 arkusze [31 ponumerowanych stron a na 32 zamieszczono pełnomocnictwo]. Zatem te okoliczności należało uznać za fakty konkludentne, które w niniejszej sprawie nie przeczą, że ten dokument został złożony w części B oferty z datą 27.06.2013 r. [podobnie jak zamieszczony na str 43 Wykaz usług] i na str 34 w Spisie treści zawartości części B dokument Oświadczenia finansowego został wymieniony w spisie dokumentów z kwalifikacją, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tym przypadku Izba miała także na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą **kontradyktoryjności**, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania. Przez dowodzenie, jak podkreśla się w doktrynie, należy rozumieć wykazanie prawdziwości twierdzenia o fakcie wskazywanym przez uczestnika postępowania [strona lub przystępujący wykonawca], którymi to okolicznościami powołujący się jest zdolny uzasadnić żądanie lub zarzut bądź co jest dopuszczalne przed Izbą] - wykazać jego niezasadność. Ciężar udowodnienia danego twierdzenia – zgodnie z paremią rzymską (*ie. incubit probatio qui dicit non qui negat*) – w pierwszej kolejności, spoczywa na odwołującym, jednakże w postępowaniu odwoławczym na gruncie ustawy Pzp, każdy z jej uczestników powinien przejawiać inicjatywę dowodową w celu słusznej obrony, albo w celu potwierdzenia stawianych zarzutów. Izba jednocześnie stwierdza, że w niniejszej sprawie wykonawca, powołując się intencjonalnie na orzecznictwo oraz poglądy doktryny, nie zwrócił uwagi, że okoliczności przez niego przytaczane dotyczą innych stanów faktycznych, a mianowicie wniesienie odwołania nastąpiło w sytuacji, gdy Zamawiający podjął postępowanie zmierzające do wyjaśnienia zastrzeżonych informacji z udziałem oferentów, których to okoliczności, wnoszący odwołanie wykonawca miał świadomość w dacie wnoszenia odwołania. Izba zwraca ponownie uwagę, że w przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp liczy się również od

daty, od której obiektywnie - przy zachowaniu należytej staranności – było możliwe powzięcie informacji o okolicznościach, stanowiących podstawę jego wniesienia [od daty podjęcia informacji przez wykonawcę] a nie tylko - tak jak w tym stanie faktycznym - po dacie wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut zaniechania odtajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w Oświadczeniach finansowych wskazanych wykonawców został pozostawiony przez Izbę bez rozpatrzenia w związku z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Rozpoznając pozostałe zarzuty z odwołania, Izba – obok wytycznych z przepisu art. 190 ust.1 ustawy Pzp - miała także na uwadze dyrektywę, wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Izba uwzględniała również żądania doprecyzowane na rozprawie, które – w niniejszym stanie faktycznym – miały istotne znaczenie przy rozpoznawaniu odwołania. Pierwszy z zarzutów dotyczący naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust.4 ustawy Pzp – według ustaleń Izby - nie został poparty żadnymi dowodami. W tym przypadku, tylko z uwagi na zakwalifikowanie Oświadczenia finansowego do grupy informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący podniósł zarzut zaniechania przez Zamawiającego badania skuteczności tego zastrzeżenia w ofertach wykonawców Inforsys S.A., Unizeto Technologies S.A., Itella Information, gdyż jego zdaniem taka ocena nie została udokumentowana. Izba zwraca uwagę, że ustawa Pzp nie wymaga, aby czynność z takiej oceny dokumentowana była w jakiejś szczególnej formie, czy też, aby adnotacje w takim zakresie zamieszczane były w protokole z postępowania. Z tego też względu tak uargumentowany zarzut nie podlega uwzględnieniu przez Izbę. Drugi z zarzutów, dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 i art. 91 tej ustawy – w świetle ustaleń Izby – także nie podlega uwzględnieniu. Twierdzenia wykonawcy w przedmiocie podjęcia przedwcześnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem czynności badania ofert i oceny istnienia przesłanek, skutkujących wykluczeniem wykonawców z udziału w postępowaniu [lub ich braku] nie zostały poparte także żadnymi dowodami. Ustalenia Izby nie pozwalają przede wszystkim przyjąć, że sporne Oświadczenie [z części B] nie zostało złożone w ofercie. Także poddawanie w wątpliwość złożenia spornego zastrzeżenia do tego dokumentu nie zostało nawet uprawdopodobnione. Tak jak Izba wskazała powyżej to Oświadczenie zostało

zamieszczone w części B oferty na jej stronie 47. Izba, co do braku badania tego dokumentu, w kontekście możliwości jego zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ponownie zwraca uwagę, na brak wymogu na gruncie ustawy Pzp indywidualnego dokumentowania takiej czynności, jak również na brak sankcji uchylenia wyboru najkorzystniejszej oferty, w przypadku niewłaściwej kwalifikacji informacji zastrzeżonych jak tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym, w okolicznościach faktycznych sprawy, także nie jest możliwe skuteczne kwestionowanie czynności związanej z wyborem najkorzystniejszej oferty i skuteczne żądanie uchylenia tej czynności. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że Odwołujący nie podał, w jakim zakresie Oświadczenie finansowe zawiera nieprawdziwe informacje, oraz jaka okoliczność powoduje nie potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu. Izba podkreśla, że z faktu nieprawidłowego zastrzeżenia dokumentu, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie można domagać się sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania, powołując się na przesłanki z art. 26 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że w odniesieniu do ofert wykonawcy Unizeto Technologies S.A. oraz wykonawcy Itella Information, Odwołujący miał możliwość zapoznać się z Oświadczeniami finansowymi tych wykonawców już w dniu 8 sierpnia 2013 r. i chociażby z tego powodu bezprzedmiotowe stało się - podtrzymane również w toku rozprawy - żądanie nakazania Zamawiającemu udostępnienia dokumentów tych wykonawców. W odniesieniu do oświadczenia spółki Inforsys S.A. Izba podziela pogląd Odwołującego, że ten dokument, chociażby z uwagi na przepisy ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym powinien być kwalifikowany, jako dokumentem jawny i uzależnianie jego udostępnienia od zgodny wykonawcy jest niezasadne, nawet w przypadku, gdy nie złożono dotychczas sprawozdania finansowego do publikacji w Monitorze Sądowym i Gospodarczym. Jednocześnie Izba stwierdza, że fakt nieudostępnienia tego dokumentu, wobec art. 192 ust.7 ustawy Pzp oraz art. 189 ust.2 pkt 3 tej ustawy pozostaje bez wpływu na wynik postępowaniu i w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp odwołanie podlega oddaleniu w całości.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....