

Sygn. akt: KIO 2309/18

**WYROK**  
z dnia 21 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**  
**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T4B sp. z o.o. w Warszawie** oraz **T.S., prowadzącego w Puławach działalność gospodarczą pod nazwą Arris Computer, T.S.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Puławach** przy udziale wykonawcy **Kamssoft S.A. w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym zaniechania czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się na str. 30-74 oferty wykonawcy Kamssoft S.A. w Katowicach (z wyłączeniem informacji znajdujących się na str. 62 oferty w tabeli k) - zestaw komputerowy lp. 1, oraz z wyłączeniem informacji znajdujących się w tabeli na str. 74 oferty), z powodu uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego w tej części,**
2. **uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w załączniku nr 7 do SIWZ „minimalne wymagane parametry dla zadania 2”, wypełnionym przez wykonawcę Kamssoft S.A. w Katowicach, na str. 62 oferty w tabeli k) - zestaw komputerowy lp. 1 oraz w tabeli znajdującej się na str. 74 i 75 oferty,**
3. **kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Puławach i:**
  - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T4B sp. z o.o. w Warszawie oraz T.S., prowadzącego w Puławach działalność gospodarczą pod nazwą Arris Computer, T.S. tytułem wpisu od odwołania,**
  - 3.2. **zasądza od Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Puławach na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T4B sp. z o.o. w Warszawie oraz T.S., prowadzącego w Puławach działalność gospodarczą pod nazwą Arris Computer, T.S. kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 2309/18

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Puławach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa sprzętu komputerowego oraz rozbudowa sieci teleinformatycznej w SPZOZ Puławy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 sierpnia 2018 r., nr 2018/S 166-378042.

30 października 2018 r. zamawiający odmówił wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia T4B sp. z o.o. w Warszawie oraz T. S., prowadzącego w Puławach działalność gospodarczą pod nazwą Arris Computer, T.S., zwanym dalej „odwołującym”, udostępnienia części oferty wykonawcy Kamssoft S.A. w Katowicach, zwanego dalej „przystępującym”. W dniu 31 października 2018 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego w zakresie zadania nr 2.

Wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego zbadania skuteczności zastrzeżenia oferty przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności w zakresie dotyczącym wypełnionego załącznika nr 7 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) - Minimalne wymagane parametry dla zadania 2;
- 2) zaniechaniu odtajnienia oferty przystępującego, w szczególności w zakresie dotyczącym wypełnionego załącznika nr 7 do SIWZ - Minimalne wymagane parametry dla zadania 2;
- 3) dokonaniu wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej pomimo niedania odwołującemu możliwości zweryfikowania tej oferty w zakresie zgodności z wymogami zamawiającego oraz przepisami prawa odwołujący wniósł 9 listopada 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) - przez zaniechanie przez zamawiającego zbadania skuteczności zastrzeżenia oferty przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności w zakresie dotyczącym wypełnionego załącznika nr 7 do SIWZ - Minimalne wymagane parametry dla zadania 2;
- 2) art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk), przez zaniechanie odtajnienia oferty przystępującego, w szczególności w zakresie dotyczącym wypełnionego załącznika nr 7 do SIWZ - Minimalne wymagane parametry dla zadania 2;
- 3) w konsekwencji - art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez przystępującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej;
- 2) wykonania czynności odtajnienia oferty przystępującego, w szczególności w zakresie załącznika nr 7 do SIWZ - Minimalne wymagane parametry dla zadania 2;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem uwag do oferty przystępującego złożonych przez odwołującego do zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 23.10.2018 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu wypełnionego załącznika nr 7 do SIWZ - Minimalne wymagane parametry dla zadania 2, stanowiącego część oferty przystępującego, wskazując na brak skuteczności dokonanego przez przystępującego zastrzeżenia załącznika nr 7 do SIWZ jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Argumentował, że w odpowiedzi na pismo odwołującego z dnia 23.10.2018 r., zamawiający w piśmie z dnia 30.10.2018 r. wskazał jedynie, że przekazuje odwołującemu do wiadomości pismo przystępującego z dnia 29.10.2018 r., które zawiera argumentację, dlaczego - zdaniem tego wykonawcy - informacje zawarte w załączniku nr 7 zostały skutecznie przez niego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym zamawiający zaniechał spoczywającego na nim obowiązku rzeczywistej oceny, czy to zastrzeżenie było skuteczne. Jednocześnie pismo zamawiającego z dnia 30.10.2018 r. należy odczytywać jako odmowę odtajnienia załącznika nr 7 załączonego do oferty przystępującego, która nie znajduje podstaw prawnych i faktycznych.

Odwołujący argumentował, ustosunkowując się do pisma zamawiającego z dnia 30.10.2018 r., że złożył zamawiającemu jeszcze pismo z dnia 5.11.2018 r., w który wskazywał na brak skuteczności zastrzeżenia przez przystępującego załącznika nr 7 do SIWZ jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie odwołujący odniósł się zarówno do braku wykazania przez przystępującego przesłanek do uznania załącznika nr 7 jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i do faktu, że udowodnienie tajemnicy powinno nastąpić w terminie składania ofert. Zamawiający w odpowiedzi na pismo wykonawcy z dnia 5.11.2018 r., w swoim piśmie z dnia 7.11.2018 r. wskazał, że stanowisko przystępującego zostało już przekazane odwołującemu wraz z pismem zamawiającego z dnia 30.10.2018 r. Tym samym zamawiający powtórnie zaniechał zbadania załącznika nr 7 do SIWZ złożonego przez przystępującego pod kątem skuteczności zastrzeżenia go jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co należy traktować jako podtrzymanie odmowy udostępnienia odwołującemu tego załącznika.

Odwołujący podniósł ponadto, że zamawiający pismem z dnia 31 października 2018 r. poinformował odwołującego o wyborze w postępowaniu w zakresie zadania 2 oferty złożonej przez przystępującego, pomimo braku umożliwienia odwołującemu dokonania wglądu w pełną treść oferty tego wykonawcy, naruszając przy tym zasadę uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), wyrażającej się w konieczności zapewnienia zasady jawności (art. 8 ust. 1-2, ust. 3 ustawy Pzp).

Odwołujący wskazywał, że obowiązkiem zamawiającego było zbadanie, czy przystępujący dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 1 ustawy). Zastrzeżenie takie musi być dokonane już w ofercie. Nie może być ono dokonywane, uzupełniane czy doprecyzowane w drodze dalszych pism wykonawcy. Istotnym dla oceny zastrzeżenia jest jego treść złożona z ofertą, przy czym wykonawca musi udowodnić, że zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Odwołujący nie ma wglądu do treści zastrzeżenia tajemnicy dokonanego przez przystępującego w terminie składania ofert, przekazane mu zostało jedynie pismo przystępującego z dn. 29 października 2018 r. (przekazane odwołującemu wraz z pismem zamawiającego z dnia 30 października 2018 r.).

Odwołujący podniósł, że przystępujący w piśmie z dn. 29 października 2018 r. wskazał na uzasadnienie zastrzeżenia w swojej ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie to jest krótkie, lakoniczne i nie wykazuje okoliczności rzeczywiście uzasadniających, że mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie przystępującego. Odwołujący podkreślał, że uzasadnienie zawarte w piśmie z dnia 29 października br. jest złożone po terminie składania ofert i jako takie, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie może być brane pod uwagę. Odwołujący przypuszczał, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożone wraz z ofertą przystępującego jest równie ogólne, nieprecyzyjne i nieprawdziwe. Przystępujący wskazuje w piśmie z dn. 29 października br., że wypełniony przez niego załącznik nr 7 do SIWZ zawiera informację, za pomocą jakiego sprzętu/rozwiązań wykona zamówienie, jednakże po pierwsze jest to wątpliwe, by wykonawca ten podawał w ofercie konkretne rozwiązania techniczne, skoro zamawiający wymagał jedynie potwierdzenia w załączniku nr 7 do SIWZ spełnienia wymogów minimalnych. Po drugie samo ewentualne podanie danych rozwiązań czy parametrów technicznych w ofercie w odniesieniu do danej dostawy nie świadczy o tym, że automatycznie mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż wykonawca powinien udowodnić, jaki konkretnie zestaw danych uznaje za „specyficzny” i dlaczego.

Odwołujący argumentował, że dodatkowo przystępujący powołał się w piśmie z dn. 29 października 2018 r. na to, że chce chronić grupę swoich dostawców. Odwołujący podkreślał, że wątpliwym jest, by wykonawca ten wskazywał rzeczywiście na jakichkolwiek dostawców (z uwagi na wymóg potwierdzenia jedynie parametrów minimalnych), a gdyby nawet wskazywał, to wykonawca nie wskazał, jakie konkretnie informacje rzekomo wskazują na danych dostawców; nie powołał się on również na żadne umowy o poufności z dostawcami oraz pominął fakt, że umowa o zamówienie publiczne (do której załącznikiem będzie jego oferta) jest jawna i podlega udostępnieniu. Ponadto przystępujący powołał się na bliżej niesprecyzowane upusty, jakie ma mieć od swoich dostawców - jednakże wątpliwym jest by istotnie można było odczytać z treści jego oferty nazwy owych dostawców. Podkreślał, że przecież w załączniku nr 7 do SIWZ wykonawcy nie wpisywali cen za poszczególne oferowane dostawy, zatem wątpliwym jest, by przystępujący takie ceny wskazał i tym samym by konkurencja mogła powziąć informację o jakichkolwiek opustach udzielanych przystępującemu.

Podsumowując, zdaniem odwołującego, przystępujący nie wykazał, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (czyli uznk), w szczególności nie wykazał i nie udowodnił, by wszystkie zastrzegane w załączniku nr 7 do SIWZ informacje stanowiły tajemnicę czyli stanowiły „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” (art. 11 ust. 4 uznk).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania. Na wypadek oddalenia wniosku o odrzucenie odwołania złożył ostatecznie oświadczenie o uwzględnieniu w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu w zakresie dotyczącym zaniechania czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się na str. 30-74 oferty wykonawcy Kamssoft S.A. w Katowicach (z wyłączeniem informacji znajdujących się na str. 62 oferty w tabeli k) - zestaw komputerowy lp. 1, oraz z wyłączeniem informacji znajdujących się w tabeli na str. 74 oferty). W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Kamssoft S.A. w

Katowicach. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska. Pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia Izby z udziałem stron, nie stawiał się na to posiedzenie Izby wyznaczony w dniu 21 listopada 2018 r.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi zamawiającego na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, modyfikacje treści SIWZ, ofertę przystępującego, pismo odwołującego z 23 października 2018 r., pismo zamawiającego skierowane do przystępującego w dniu 29 października 2018 r., odpowiedź przystępującego na ww. pismo z 29 października 2018 r., odpowiedź zamawiającego z 30 października 2018 r. na pismo odwołującego z 23 października 2018 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 31 października 2018 r., pismo odwołującego z 5 listopada 2018 r., odpowiedź zamawiającego na ww. pismo z 7 listopada 2018 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, zgłoszenie przystąpienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Kamssoft S.A. w Katowicach uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia, a zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnieśli, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu. Wskazali, że o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął wiadomość już w dniu 22 października 2018 r., tj. w dacie otwarcia ofert. W tej bowiem dacie odwołujący miał dowiedzieć się o tym, że przystępujący zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa m.in. informacje znajdujące się w wypełnionym przez przystępującego załączniku nr 7 do SIWZ. W tym samym dniu zamawiający miał też udostępnić odwołującemu jedynie część jawną oferty przystępującego. Powyższe, zdaniem zamawiającego i przystępującego miało świadczyć o tym, że 10 dniowy termin na wniesienie odwołania miał upłynąć odwołującemu już w dniu 3 listopada 2018 r., podczas gdy odwołanie wniesiono dopiero w dniu 9 listopada 2018 r.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku. Wskazał, że odwołanie wniesiono z zachowaniem 10 dniowego terminu liczonego do daty, kiedy odwołujący mógł powziąć wiadomość o stanowisku zamawiającego w przedmiocie zasadności utajnienia przez przystępującego załącznika nr 7 do SIWZ. Wywiódł, że w dniu otwarcia ofert, tj. 22 października 2018 r. na podstawie udostępnionej mu przez zamawiającego części oferty przystępującego ustalił, iż posiada ona część zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wobec powyższego, następnego dnia to jest 23.10.2018 r. odwołujący złożył pisemny wniosek o odtajnienie pozostałej części oferty przystępującego, w tym wypełnionego załącznika nr 7 do SIWZ. 29.10.2018 r. Argumentował, że zamawiający zareagował na wniosek odwołującego o odtajnienie dopiero w dniu 30.10.2018 r., kiedy to pisemnie poinformował odwołującego, że przekazuje mu pismo Przystępującego z 29.10.2018 r. w którym wykonawca ten podtrzymał swe stanowisko co do skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W tej sytuacji, według odwołującego, termin na wniesienie odwołania można liczyć najwcześniej od dnia 30.10.2018 r., czyli dnia, kiedy zamawiający ustosunkował się do wniosku odwołującego o odtajnienie części oferty przystępującego z dnia 23.10.2018 r.

Wniosek zamawiającego i przystępującego okazał się chybiony. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Z kolei art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.*

Odwołanie w analizowanej sprawie wniesiono wobec zaniechania przez zamawiającego czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie przystępującego, a obejmujących wypełniony przez przystępującego załącznik nr 7 do SIWZ dla części 2 zamówienia. W ocenie Izby odwołujący powziął wiadomość o tym, że zamawiający uznaje zastrzeżenie poczynione przez przystępującego za skuteczne najwcześniej w dniu 30 października 2018 r.

Bezzasadne było liczenie terminu na wniesienie odwołania od dnia 22 października 2018 r., tj. od dnia otwarcia ofert. Rzeczywiście w tej dacie zamawiający umożliwił odwołującemu wgląd jedynie do części jawnej oferty przystępującego. Z samego faktu nieudostępnienia pozostałej części oferty odwołujący nie mógł jednak wnioskować, że zamawiający automatycznie uznał zastrzeżenie tajemnicy poczynione przez jego konkurenta za skuteczne. W braku wyraźnego i jednoznacznego oświadczenia zamawiającego odwołujący równie dobrze miał prawo zinterpretować zachowanie zamawiającego jako chęć zbadania skuteczności poczynionego zastrzeżenia. Badanie skuteczności zastrzeżenia jest obowiązkiem zamawiającego w każdym przypadku przedstawienia mu informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przypomnienia wymaga, że w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05. stwierdzono, że *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzeniem bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.* Rzeczywiście, zamawiający ma obowiązek zbadać skuteczność zastrzeżenia bez zbędnej zwłoki, nie później niż do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej. Działanie bez zbędnej zwłoki nie oznacza jednak obowiązku natychmiastowej reakcji w dniu otwarcia ofert, biorąc choćby pod uwagę konieczność przeanalizowania uzasadnienia zastrzeżenia, jakie wykonawcy mają obowiązek złożyć wraz z zastrzeganyimi informacjami. W analizowanej sprawie wnioskowanie odwołującego było o tyle uzasadnione, że wgląd do części jawnej oferty przystępującego miał miejsce już w dniu ich otwarcia, a więc 22 października 2018 r. Zamawiający i przystępujący nie przedstawili Izbie żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że zamawiający w dniu 22.10.2018 r. poinformował odwołującego, iż zakończył badanie zastrzeżenia w ofercie przystępującego i uznał je za skuteczne.

Na to, że zamawiający badał jeszcze skuteczność poczynionego przez przystępującego zastrzeżenia

wskazywały także późniejsze działania zamawiającego. Dostrzeżenia wymagało, że pismem z dnia 29 listopada 2018 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego z prośbą o ustosunkowanie się do wniosku o odtajnienie złożonego przez odwołującego w dniu 23 października 2018 r. Dopiero zaś 30 października 2018 r. zamawiający zareagował na wniosek odwołującego przesyłając odwołującemu odpis stanowiska przystępującego z dnia 29 października 2018 r. W konsekwencji dopiero w tej dacie odwołujący mógł zakładać, że skoro jego wniosek o odtajnienie części oferty przystępującego nie jest uwzględniony, to zamawiający uznał zastrzeżenie wykonawcy za skuteczne. W tej sytuacji 10 dniowy termin na wniesienie odwołania upływał odwołującemu dopiero w dniu 9 listopada 2018 r. i został zachowany. Wobec powyższego wniosek zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania podlegał oddaleniu.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Zamawiający zdecydował się nie odtajnić części oferty przystępującego. Odwołujący domagał się odtajnienia części oferty wybranej twierdząc, że nie wykazano iż zawiera ona tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał czynności odtajnienia części oferty przystępującego prowadzić będzie do nakazania zamawiającemu wykonania tej czynności. Natomiast szkoda, jaką odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp wyraża się w uszczerbku, jakiego może doznać w wyniku nieuzyskania zamówienia, które może być efektem braku możliwości kwestionowania dokonanej przez zamawiającego oceny dokumentów nielegalnie zastrzeżonych przez jego konkurenta. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zaniechania czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się na str. 30-74 oferty wykonawcy Kamsoft S.A. w Katowicach (z wyłączeniem informacji znajdujących się na str. 62 oferty w tabeli k) - zestaw komputerowy lp. 1, oraz z wyłączeniem informacji znajdujących się w tabeli na str. 74 oferty). Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby z udziałem storn w dniu 21 listopada 2019 r. oświadczył, iż uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w tej części. Natomiast wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, pomimo prawidłowego zawiadomienia, nie stawiał się na posiedzenie Izby i nie zgłosił sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono także stanowisko opisane szeroko, interesująco i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

Odwołanie w zakresie rozpatrywanym merytorycznie zasługiwało na uwzględnienie.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, *postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, 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 oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.*

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t. j. z 2018 r. poz. 419 ze zm.), *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*

Ustalono, że zamawiający w piśmie z dnia 5 października 2018 r. w odpowiedzi na pytanie nr 12 wskazał, że wykonawcy mają obowiązek dołączyć do formularza oferty wypełniony załącznik nr 7 do SIWZ.

Ustalono także, że w załączniku nr 7 do SIWZ dla zadania nr 2 wykonawcy mieli za zadanie wypełnić m.in. tabelę, w której należało podać następujące dane:

- 1) producent, typ/ model oferowanego sprzętu,
- 2) ilość,
- 3) cena netto,
- 4) cena brutto,
- 5) stawka podatku VAT,
- 6) wartość netto,
- 7) wartość brutto.

Dane te dotyczyły następujących, oferowanych przez wykonawcę urządzeń i oprogramowania:

Lp.	Nazwa asortymentu
1.	Kontroler sieci WIFI – dostawa i konfiguracja,
2.	Access Point współpracujący z kontrolerem dostawa, montaż i konfiguracja,
3.	System Zarządzania Siecią - dostawa i konfiguracja,
4.	Przełącznik dostępowy POE -dostawa, montaż i konfiguracja,

5.	UTM + subskrypcja na aktualizacje – dostawa, montaż i konfiguracja usług
6.	Przełącznik agregująco-szkieletowy serwerowni głównej- dostawa i konfiguracja,
7.	Zaawansowane środowisko do wirtualizacji - dostawa i konfiguracja,
8.	Szafa serwerowa RACK -dostawa i montaż
9.	Serwer bazodanowy - dostawa i konfiguracja, system operacyjny, usługi instalacji serwera bazy danych.
10.	Serwer Aplikacji (system wirtualizacji) - dostawa i konfiguracja, wirtualizacja, system operacyjny
11.	Zasilacz awaryjny UPS do serwerowni - dostawa i montaż
12.	Zestaw komputerowy dostawa i konfiguracja, system operacyjny, usługi
13.	Macierz – dostawa, montaż i konfiguracja,
14.	Zasilacz awaryjny UPS do szaf dystrybucyjnych - dostawa, montaż i konfiguracja,
15.	Dysk sieciowy NAS - dostawa, montaż i konfiguracja,

Termin składania ofert upłynął 22.10.2018 r. Do upływu terminu składania ofert swą ofertę na zadanie nr 2 złożył odwołujący i przystępujący. Ustalono, że przystępujący zastrzegł, jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa, m.in. wypełniony przez siebie załącznik nr 7 do SIWZ dla zadania 2 (s. 30-75 oferty). Przystępujący, w ww. załączniku, na str. 74 – 75 swej oferty zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa m.in. wypełnioną przez siebie tabelę oferowanych urządzeń i oprogramowania o szczególności takiej jak wyżej przedstawiono.

Ustalono także, że na str. 20-21 oferty przystępujący przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ustalono także pismem z dnia 23 października 2018 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o odstąpienie wypełnionego przez przystępującego załącznika nr 7 do SIWZ dla zadania nr 2.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 29 października 2018 r. zwrócił się do przystępującego z prośbą o ustosunkowanie się do wniosku odwołującego z 23 października 2018 r. W odpowiedzi na ww. prośbę, przystępujący złożył pismo z dnia 29 października 2018 r., w którym przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa m.in. dla wypełnionego przez siebie załącznika nr 7 do SIWZ.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 30 października 2018 r., w odpowiedzi na wniosek odwołującego z 23 października 2018 r., przesłał mu pismo przystępującego z dnia 29 października 2018 r.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, 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 oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolę zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk). Z art. 11 ust. 2 uzkn wynika, że *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które*

jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk, przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny „posiadający wartość gospodarczą”. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtyński w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Szawił, Warszawa 2006, str. 447* K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, ze pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS *Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu*), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 4 uznk w stanie prawnym sprzed 4 września 2018 r., stanowiącego odpowiednik obowiązującego obecnie przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Po drugie zaś, nie posiada waloru tajemnicy przedsiębiorstwa informacja, która została ujawniona do wiadomości publicznej, a więc w stosunku do której uprawniony może dotrzeć korzystając ze zwykłych środków.

Po trzecie zaś, za działania w celu zachowania poufności, podjęte „przy zachowaniu należytej staranności” należy uznać takie działania, które są skuteczne, a więc gwarantują, że informacja poufna, takimi pozostaje.

Izba stwierdziła, że w analizowanej sprawie przystępujący nie sprostował ciężarowi udowodnienia żadnej z przesłanek definicji legalnej pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa”. W konsekwencji zaś zamawiający z naruszeniem art. 8 ust. 1 i ust. 3 Pzp zaniechał czynności odtajnienia informacji znajdujących się w wypełnionym przez przystępującego załączniku nr 7 do SIWZ (w zakresie tabeli ze strony 74 i 75 oferty i informacji z str. 62 oferty w tabeli k) - zestaw komputerowy lp. 1).

W pierwszej kolejności podkreślić należało niezwykle ograniczoną ilość danych znajdujących się w spornie zastrzeżonych dokumentach. Dane z tabeli ze strony 74 i 75 oferty sprowadzały się do podania informacji co do producenta, typu/ modelu, ilości oraz ceny oferowanego sprzętu i oprogramowania. Z kolei na oferowany sprzęt i oprogramowanie składało się 15 grup asortymentu typu zasilacze, przełączniki, macierze, serwery, oraz programy, co do których zamawiający w SIWZ przedstawił szczegółowe wymagania odnośnie ich cech i lokalizacji. W tej sytuacji rolą wykonawcy było jedynie dobranie przedmiotu oferty do wymogów ściśle określonych w SIWZ. Nie zostało wykazane zamawiającemu dlaczego owo dobranie urządzeń miałoby przedstawiać jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Uzasadnienie wykonawcy co do spełnienia tej przesłanki sprowadziło się do kilku ogólnych, gołostownych i nic niewnoszących do sprawy stwierdzeń. Uzasadnienie okazało się lakoniczne i możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu na dostawę sprzętu komputerowego.

Co do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, wykonawca oświadczył, że ujawnienie spornych danych umożliwi konkurentom poznanie technicznych aspektów sprzętu komputerowego i oprogramowania oferowanego przez przystępującego. Miało też umożliwić innym wykonawcom rozeznanie się w grupie podmiotów, z którymi przystępujący współpracuje. W konsekwencji wykonawcy ci mieli poznać strategię działania przystępującego na rynku.

Dostrzeżenia wymagało, że w analizowanej sprawie rolą wykonawcy było jedynie dobranie sprzętu i oprogramowania do precyzyjnie postawionych wymagań zamawiającego. Zadanie wykonawcy sprowadzało się do prostego dobrania modelu / typu oferowanego asortymentu i oprogramowania w kilkunastu pozycjach formularza cenowego. Odwołujący słusznie także podniósł, że utajniona tabela nie umożliwiała wykonawcom „rozeznanie się w podmiotach, z którymi przystępujący współpracuje”. W tabeli przystępujący podał bowiem dane dotyczące producentów sprzętu/oprogramowania, a nie informacje na temat ich dostawców, sprzedawców, czy podmiotów, od których zamierzał nabyć przedmiot oferty. Po drugie zaś, nawet gdyby można było na podstawie lektury tabeli ustalić dane podmiotów współpracujących, to nie wiadomo dlaczego fakt tej kooperacji posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą dla wykonawcy. Nie wykazano przykładowo zamawiającemu, że są to nieznanymi na rynku dostawcy (sprzedawcy), oferujący jakiś specyficzny, nieznanymi wcześniej czy wyjątkowo atrakcyjny sprzęt (oprogramowanie), niedostępny innym wykonawcom.

Przystępujący nie udowodnił także zamawiającemu, że lektura zastrzeżonej tabeli pozwalała odtworzyć aktualne poziomy opustów, z których korzysta przystępujący. Podkreślenia wymagało, że w tabeli na str. 74 i 75 oferty przystępujący podawał stawki za asortyment oferowany przez siebie zamawiającemu. Były to zatem ceny obłożone marżą narzuconą przez samego przystępującego. Po drugie zaś, od kwot z tabeli nie można było przypisać wysokości rzekomych opustów od kontrahentów przystępującego, gdyż – tak jak wcześniej wskazano – w tabeli podano jedynie dane producentów sprzętu / oprogramowania, a nie dostawców / sprzedawców (kontrahentów). Po trzecie, nawet gdyby któryś z podanych producentów był rzeczywiście dostawcą, czego przystępujący nie wskazał, to i tak nie udowodniono dlaczego wysokość możliwego do ustalenia opustu posiada dla przystępującego jakąś wartość gospodarczą. Nie wykazano bowiem zamawiającemu, że jest to np. jakiś wyjątkowy, niezwykle korzystny opust, niedostępny innym wykonawcom. Nie wskazano także, których produktów twierdzenie przystępującego dotyczy.

Chybiony okazał się także argument co do możliwości ułatwienia konkurentom przewidzenia ceny ofertowej przystępującego w innych postępowaniach. Dostrzeżenia wymagało, że przedmiot zamówienia w analizowanym postępowaniu został szczegółowo opisany przez zamawiającego, w tym także co do oczekiwanych wymogów czy lokalizacji sprzętu. W tej sytuacji nie wiadomo dlaczego przystępujący zakładał, iż dobór sprzętu/oprogramowania do specyficznych potrzeb zamawiającego, może być kiedykolwiek powtórzony w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających. Powyższe w żaden sposób nie zostało wyjaśnione, ani tym bardziej udowodnione przez przystępującego.

W dalszej kolejności przystępujący ogólnie i tajemniczo argumentował, że ujawnienie spornych danych umożliwi

poznanie jego strategii działania na rynku informatyzacji służby zdrowia. Wzięto pod uwagę, że myśl przystępującego nie została rozwinięta. Nie wiadomo o jakiej strategii jest mowa, tak aby zamawiający miał choćby szansę na ocenę, czy rzeczywiście jest tak unikalna na rynku aby zasadnym okazało się jej chronienie.

To były wszystkie argumenty jakimi posłużył się przystępujący usiłując udowodnić wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Jak wynikało z powyższego, argumentacja sprowadzała się do 4-5 ogólnych, pozbawionych jakichkolwiek szczegółów zdań, niepopartych dodatkowo żadnymi dowodami. Wobec powyższego należało uznać, że przystępujący nie wykazał zamawiającemu, iż zastrzegane przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą.

Znalazł potwierdzenie zarzut odwołującego, że przystępujący nie sprostował także ciężarowi wykazania, iż podjął przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności.

W tym zakresie wykonawca jedynie ogólnie powołał się na wdrożenie przez siebie dobrych praktyk mających na celu zapewnienie ochrony informacji, a opisanych w przywołanej przez siebie normie. Dostrzec należało, że na tę okoliczność nie przedstawiono zamawiającemu żadnego dowodu. Nie podano także w szczegółach, o jakie dobre praktyki chodzi, co pozwoliłoby zamawiającemu na zbadanie, czy rzeczywiście gwarantują one, iż zastrzegane informacje pozostaną tajne.

Co do argumentu, że przystępujący jest certyfikowany na zgodność z normą dotyczącą bezpieczeństwa informacji, to stwierdzono, że wykonawca na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił zamawiającemu żadnego dowodu, w szczególności stosownego certyfikatu.

Za nazbyt ogólne należało uznać wywody wykonawcy o podpisaniu jakichś umów o zachowaniu zastrzeganych informacji w poufności. Nie przedstawiono w szczególności wykazu osób (podmiotów), z którymi zawarto rzekome umowy, ani którego sprzętu (oprogramowania) to dotyczy. Nie udowodniono także zamawiającemu, że kontrahenci przystępującego w ogóle wiedzą, iż muszą chronić informacje o fakcie kooperacji z przystępującym. Nie wskazano, nie mówiąc o udowodnieniu, jakie ewentualne działania podjęły podmioty współpracujące z przystępującym, aby ten fakt ukryć.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że przystępujący nie zdołał także udowodnić zamawiającemu, iż podjęto niezbędne działania celem zachowania spornych informacji w poufności.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba doszła do przekonania, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w zebranych w sprawie materiałach dowodowych. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.* Wobec powyższego nakazano zamawiającemu odtajnienie informacji, co do których nie wykazano, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego.

Znalazł potwierdzenie także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający bezzasadnie odmawiając odwołującemu udostępnienia informacji, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu. Naruszeniem tych zasad jest bowiem wybiórcze udostępnianie niektórym wykonawcom dokumentów, które powinny być jawne.

W konsekwencji, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odtajnienie tabeli znajdującej się na str. 74-75 oferty przystępującego oraz danych znajdujących się na stronie 62 oferty, lit. k ) zestaw komputerowy, pkt 1.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1 i 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem zasady jawności postępowania zaniechał czynności odtajnienia informacji przedstawionych przez przystępującego celem oceny zgodności oferty z treścią SIWZ. Powyższe uniemożliwiło innym wykonawcom skorzystanie ze środków ochrony prawnej w zakresie w jakim nie mogli zapoznać się z utajnioną częścią oferty przystępującego.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w załączniku nr 7 do SIWZ „minimalne wymagane parametry dla zadania 2”, wypełnionym przez wykonawcę Kamssoft S.A. w Katowicach, na str. 62 oferty w tabeli k) - zestaw komputerowy lp. 1 oraz w tabeli znajdującej się na str. 74 i 75 oferty.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada*

*odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – odwołanie w zakresie rozpatrywanym merytorycznie zasługiwało na uwzględnienie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w maksymalnie dopuszczonej kwocie 3.600 zł (łącznie 18.600 zł). Odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił zamawiający, zatem to tę stronę obciążono całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:.....**