

WYROK
z dnia 3 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2015 r. przez wykonawcę

Trecom Sp. z o.o. Sp. Komandytowa ul. Mokotowska 4/6, 00-641 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa

przy udziale:

A. wykonawcy **ZETO-RZESZÓW Sp. z o.o. ul. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa oraz Orange Polska S.A.**

Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu ujawnienie pełnej treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Trecom Sp. z o.o. Sp. Komandytowa tytułem wpisu od odwołania,****

1

-
- 2.2. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych na rzecz Trecom Sp. z o.o. Sp. Komandytowa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, 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:

Sygn. akt: KIO 270/15

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wdrożenie rozwiązania Telefonii IP w ZUS” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 stycznia 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 015-21132. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Trecom Sp. z o.o. Spółka komandytowa wniósł odwołanie od zaniechania zamawiającego polegającego na odmowie ujawnienia odwołującemu całości treści oferty

złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A., co stanowi naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że informacja zastrzeżona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi w rzeczywistości tajemnicę przedsiębiorstwa, a przez to może zostać skutecznie zastrzeżona i w tym zakresie utajniona dla pozostałych oferentów, podczas gdy informacje, jakie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. utajniło, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą zostać zastrzeżone w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uniemożliwiło wykonawcom realizację uprawnienia do weryfikacji prawidłowości działań zamawiającego w zakresie oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A.

3

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu ujawnienia pełnej treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. złożonej w postępowaniu na wdrożenie rozwiązania Telefonii IP w ZUS w zakresie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa, wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami lub uzupełnieniami.

Odwołujący wskazał, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. złożyli w ofercie formularz cenowy, w którym w części 1. Tabela A zastrzegli wszystkie nazwy modeli i producentów zamawianego sprzętu oraz w części 1. Tabela B zastrzegli wszystkie nazwy modeli i producentów zamawianego oprogramowania, zaznaczając, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego zastrzeżenie to nie posiada podstaw prawnych ani merytorycznych i zostało dokonane wyłącznie w celu utrudnienia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu innym wykonawcom; w konsekwencji zastrzeżenie tej części oferty i jej nieodtajnienie przez zamawiającego stanowi naruszenie naczelných zasad postępowania w trybie zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Decyzja o tym, czy zastrzeżenie zostało dokonane skutecznie, należy do zamawiającego, który powinien czuwać, aby zastrzeżenie takie nie było nadużywane przez oferentów oraz aby nie prowadziło do ograniczenia konkurencji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zastrzeganie informacji zawartych w ofertach stało się sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zamawiający uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet jeśli wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający powinien zbadać skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Ocena, czy informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa,

podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 8 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny, lecz w każdym przypadku posiada wartość gospodarczą,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

W ocenie odwołującego informacje, które zostały zastrzeżone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nie można za taką tajemnicę uznać nazw standardowych produktów powszechnie dostępnych na rynku, reklamowanych, znanych powszechnie i ujawnionych w publicznych materiałach. Informacje takie ani nie stanowią „własności”, czy unikalnego know-how, ani nie mają żadnej wartości gospodarczej, czego wymaga art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Trudno też uznać, żeby zastrzeżone modele i nazwy producentów sprzętu i oprogramowania nie były znane choćby pozostałym oferentom, skoro są z reguły specjalistami w branży informatycznej, której postępowanie dotyczy. Warto przy tym podkreślić, że dobór poszczególnych elementów nie pochodzi również od wykonawców, lecz jest narzucony treścią formularzy. Zamawiający wskazał bowiem wyraźnie, jakie konkretnie urządzenia zamawia i w jakich ilościach.

W wyroku z dnia 7 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1239/13 Izba stwierdziła, że „tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego”. Zdanie to odpowiada realiom niniejszej sprawy i przesądza, że dobór elementów wskazanych w formularzu cenowym nie może być skutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W rozdziale IV pkt I ust. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wyraźnie zastrzegł, że w przypadku gdy informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca powinien to wyraźnie zastrzec w ofercie i odpowiednio zaznaczyć zastrzeżone informacje. Nie podlegają jednak zastrzeżeniu informacje dotyczące ceny oferty (warto przy tym zauważyć, że w art. 8 ust. 3 w zw. z art. 86 ust. 4 p ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazano, że wyłączone jest zastrzeżenie „ceny”, lecz „informacji dotyczących ceny”, co stanowi zbiór znacznie szerszy).

Omawiane informacje w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. stanowiły elementy

formularza cenowego, a więc właśnie „informacje dotyczące ceny”, które zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogą być objęte zastrzeżeniem tajemnicy. Niewątpliwie bowiem „informacją dotyczącą ceny” jest nie tylko sama kwota, lecz także przyporządkowany do tej kwoty element podlegający wycenieniu. Ujawnione informacje nie odpowiadają zatem warunkom art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i tym samym nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zastrzeżenie dotyczyło „informacji dotyczących ceny”, a więc informacji, której zastrzeżenie zostało wprost wykluczone ustawą. W konsekwencji oferta z nieprawidłowo zastrzeżoną tajemnicą podlegać powinna odtajnieniu w całości. Zamawiający jednak, pomimo pisemnego wniosku odwołującego z 4 lutego 2015 r. nie odtajnił spornej oferty ani nie ustosunkował się do wniosku odwołującego do dnia złożenia niniejszego odwołania.

Zaniechanie odtajnienia oferty należy ocenić jako bezprawne również w kontekście zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sytuacja wykonawcy, który w nieuprawniony sposób objął tajemnicą informacje zawarte w jego ofercie, nie może być chroniona przez zamawiającego, zwłaszcza w sytuacji, w której pozostali wykonawcy działając zgodnie z ustawą nie dokonali nieuprawnionych zastrzeżeń. Takie zachowanie zamawiającego prowadzi do nieuzasadnionego zróżnicowania sytuacji prawnej i faktycznej wykonawców

w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie lub oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że 23 stycznia 2015 r. odwołujący wystąpił o udostępnienie do wglądu ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wyznaczył termin na zapoznanie się z treścią ofert na 2 lutego 2015 r. W tym dniu odwołującemu udostępnione zostały oferty złożone w postępowaniu, w tym oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. tylko w części jawnej, bowiem przystępujący utajnił część swojej oferty (str. 54-100) w zakresie formularza cenowego Część 1. Tabela A – Sprzęt i Tabela B – oprogramowanie oraz formularza cenowego Część 2. pomocnicza uwzględniająca poszczególne jednostki zamawiającego w zakresie zaoferowanego sprzętu – model i producent oraz zaoferowanego oprogramowania – nazwa licencji i producent.

Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w treści obowiązującej w dniu wszczęcia postępowania wykonawca nie miał obowiązku wykazania w złożonej ofercie, że informacje zastrzeżone stanowią tajemnice przedsiębiorstwa.

Zdaniem zamawiającego zastrzeżenie części oferty złożonej w postępowaniu jest na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalnym ograniczeniem jawności oferty.

6

Ustanowiona w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasada jawności postępowania, wyrażająca się zarówno w dostępie do informacji o zamówieniach, jak i jawności dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu, nie jest zasadą absolutną i doznaje licznych ograniczeń, m.in. w art. 8 ust. 3.

Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wymienia enumeratywnie elementy, jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone. Ustawodawca tym samym dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

W myśl stanowiska przedstawionego w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia informacji z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa, a konsekwencją stwierdzenia bezzasadności takiego zastrzeżenia powinno być odtajnienie (ujawnienie) przez zamawiającego tych informacji, które wykonawca objął bezskutecznym zastrzeżeniem. Tym samym na zamawiającym ciąży obowiązek dokonania analizy zastrzeżonych informacji w celu ustalenia, iż informacje te objęte są powołanym wyżej pojęciem „tajemnica przedsiębiorstwa”, a następnie podjęcia decyzji o udostępnieniu zastrzeżonych informacji, jeżeli nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa lub o odmowie ich udostępnienia, o ile zastrzeżenie było w ocenie zamawiającego uprawnione.

Wniesienie odwołania na zaniechanie przez zamawiającego czynności odtajnienia i udostępnienia odwołującemu części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. jest przedwczesne, bowiem zamawiający na dzień wniesienia odwołania nie zakończył procesu badania i oceny ofert, w tym rozpoczął dopiero proces badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z 12 lutego 2015 r. zamawiający wystąpił do przystępującego o złożenie wyjaśnień, w oparciu o jakie okoliczności faktyczne i prawne opatrzył dokumenty klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień na 18 lutego 2015 r. Treść wyjaśnień będzie przedmiotem badania i oceny, celem ustalenia zasadności zastrzeżenia części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W orzecznictwie podkreśla się, iż „w przepisach ustawy nie został określony termin na dokonanie czynności przez zamawiającego polegającej na weryfikacji ofert pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z reguły odbywa się to w toku badania i oceny ofert, zatem decyzje co do zasadności dokonanych przez wykonawców zastrzeżeń zamawiający może podjąć do momentu zakończenia tych czynności.” (wyrok z dnia 28 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 245/14).

7

Zamawiający na żadnym etapie badania i oceny ofert nie potwierdził odwołującemu w sposób wyraźny, iż zakończył procedurę weryfikacji zastrzeżenia żądanych przez niego w odwołaniu dokumentów. Zamawiający prowadzi badanie ofert, w tym rozpoczął proces wyjaśniania zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa żądanych przez odwołującego dokumentów. Dlatego odwołujący błędnie założył, iż 10-dniowy termin na wniesienie odwołania rozpoczyna bieg od 2 lutego 2015 r., a więc od dnia dokonania wglądu do ofert. Nie sposób więc uznać, że zamawiający zaniechał dokonania czynności, do której był zobowiązany.

Zamawiający w dacie złożenia ofert nie ma obowiązku natychmiastowego ich zbadania, w tym podjęcia decyzji, co do odtajnienia określonych dokumentów. Z uwagi na zróżnicowany zakres danych, objętych wymienionymi dokumentami zawartymi w ofercie, czynności zamawiającego związane z badaniem ofert, w tym także związane z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach, wymagają odpowiedniego czasu. Zamawiający winien analizować dane i ustalać, które z nich spełniają kryteria informacji utajnionych – ewentualnie w oparciu o żądane i udzielone wyjaśnienia wykonawcy, czyniącego zastrzeżenie. Termin wniesienia odwołania winien być liczony od daty podjęcia czynności przez zamawiającego wobec oferty wykonawcy, w tym ostatecznie przez dokonanie jej merytorycznej oceny, bez odtajnienia dokumentów, co dawałoby wyraz temu, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający uznał za zasadne. Termin ten otwiera również udzielona wcześniej jednoznaczna odpowiedź przekazana w sposób wskazany w art. 27 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, że zamawiający odmawia ujawnienia oznaczonych dokumentów w ofertach.

Stosownie do postanowień art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Jak wynika z okoliczności przedstawionych przez samego odwołującego, zamawiający na dzień wniesienia odwołania nie podjął żadnych czynności wobec oferty wykonawcy (zachowania w poufności lub odtajnienia) ani też nie pozostaje w zwłoce z tymi czynnościami, skoro nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i nie ustalił wyniku postępowania.

Izba nie może merytorycznie orzekać, jeżeli odwołanie dotyczy hipotetycznych czynności, czy też takich zaniechań zamawiającego, co do których podjęcia czynności termin jeszcze nie upłynął. Izba bowiem nie podejmuje czynności za zamawiającego, ale jedynie weryfikuje prawidłowość tych czynności. Izba nie ma zatem żadnych możliwości merytorycznego rozpatrzenia zarzutów odwołania obejmujących odpowiedź na pytanie, czy oznaczone dokumenty w ofercie wykonawcy, powinny podlegać ujawnieniu.

Wobec niezakończenia na dzień wniesienia odwołania procesu wyjaśniania podstaw utajnienia żądanych przez odwołującego dokumentów, odwołujący nie poniósł i nie może ponieść żadnej szkody, co stanowi przesłankę materialnoprawną wniesienia odwołania, stosownie do treści art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wykazuje spełnianie wymagań uprawniających do wniesienia odwołania, określonych w art. 179 ust. 1 w ten sposób, iż poprzez uniemożliwienie wglądu do pełnej korespondencji pomiędzy zamawiającym a przystępującym, w tym dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie jest on w stanie zbadać i poddać pełnej weryfikacji oferty złożonej przez konkurencyjnego wykonawcę a zatem brak możliwości oceny wyjaśnień do oferty może pozbawić odwołującego prawa do oceny przyszłych czynności zamawiającego podjętych w odniesieniu do oferty konkurencyjnej, w tym w szczególności w zakresie późniejszego wyboru oferty najkorzystniejszej, co niewątpliwie grozi także poniesieniem szkody przez odwołującego.

Nie sposób zarzucić zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, skoro zamawiający nie zakończył na dzień wniesienia odwołania procesu wyjaśniania podstaw objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa żądanych dokumentów. W takiej sytuacji odwołanie powinno zostać oddalone z przyczyn formalnych, bez jego merytorycznego rozpoznania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz

złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania. Zresztą takiej podstawy prawnej, oprócz powołania się na art. 1184 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wskazał także zamawiający.

Podstawy odrzucenia odwołania zostały wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i jest to katalog zamknięty, który nie może być rozszerzany według uznania Izby. Tym samym Izba nie może odrzucić odwołania powołując się na art. 1184 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, który w tym przypadku nie znajdzie zastosowania.

9

Zgodnie z art. 1184 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, jeżeli przepis ustawy nie stanowi inaczej, strony mogą uzgodnić zasady i sposób postępowania przed sądem polubownym. § 2 wskazuje, że w braku odmiennego uzgodnienia stron, sąd polubowny może, z zastrzeżeniem przepisów ustawy, prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy.

Owszem, w związku z odesłaniem w art. 185 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu przed sądem polubownym, postępowanie przed Izbą w dużej mierze może zależeć od uznania składu orzekającego, jaki tryb (przebieg) postępowania będzie najbardziej stosowny dla jak najlepszego merytorycznego rozpoznania sprawy. Jednak nie oznacza to, że Izba może zastosować procedurę odmienną niż przewidziana przepisami w tym zakresie, w jakim zostało to uregulowane. Wynika to też bezpośrednio z treści art. 1184 Kodeksu postępowania cywilnego.

Terminy na wniesienie odwołania, jak i przyczyny jego odrzucenia, zostały ustalone odpowiednio w art. 182 i art. 189 ustawy Prawo zamówień publicznych i mają charakter przepisów bezwzględnie obowiązujących. Tym samym Izba nie może według swojego uznania zmienić zasad tam określonych.

Zatem ewentualne uznanie odwołania za przedwczesne mogłoby stanowić jedynie przesłankę do stwierdzenia, że zamawiający nie dokonał czynności lub zaniechania, które byłoby niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, co stanowiłoby powód oddalenia, a nie odrzucenia odwołania.

Ze stanu faktycznego sprawy wynika jednak, że w okolicznościach, które miały miejsce w postępowaniu, wniesienie odwołania można uznać za uzasadnione.

Stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Jak zostało ustalone, 23 stycznia 2015 r., w dniu otwarcia ofert, odwołujący wystąpił do zamawiającego o udostępnienie mu ofert. Odpowiedź otrzymał 27 stycznia 2015 r., kiedy to zamawiający wyznaczył termin wglądu do ofert na 2 lutego 2015 r. W tym dniu (2 lutego) zamawiający udostępnił złożone oferty, w tym część jawną oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. Pismem z 4 lutego 2015 r., przesłanym zamawiającemu 5 lutego 2015 r., odwołujący wniósł o udostępnienie pełnej treści ww. oferty. Na pismo to odwołujący do chwili złożenia odwołania (12 lutego) nie otrzymał żadnej odpowiedzi – zamawiający udzielił jej dopiero 13 lutego 2015 r. wskazując, że prowadzi procedurę badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

10

Jednocześnie dopiero po wniesieniu odwołania zamawiający zwrócił się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. o złożenie wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa wyznaczając termin na odpowiedź na 18 lutego 2015 r. Zamawiający do chwili rozpoczęcia pierwszego posiedzenia przed Izłą w dniu 23 lutego 2015 r. nie przedstawił rozstrzygnięcia w spornym zakresie. Decyzję tę podjął dopiero 27 lutego 2015 r. (jak wynika z jego pisma opatrzonego tą datą), w którym poinformował, że uznał, że zastrzeżenie to nie było zasadne i wskazał, że udostępni pełną ofertę po upływie terminu na wniesienie odwołania.

Tym samym, wobec braku jakichkolwiek informacji co do prowadzenia przez zamawiającego czynności badania oferty pod kątem poprawności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przy jednoczesnej odmowie udostępnienia oferty pomimo składanych wniosków, odwołujący miał prawo uznać zachowanie zamawiającego za odmowę udostępnienia mu oferty i obliczyć termin na wniesienie odwołania zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – jeśli nawet nie od 2 lutego, to na pewno od zgłoszenia kolejnego wniosku 5 lutego – już z konkretnym żądaniem udostępnienia całości oferty.

Jednocześnie zachowanie zamawiającego można zakwalifikować nawet nie tyle jako zaniechanie, ale działanie o charakterze negatywnym, czyli odmowę.

O zaniechaniu łączonym z dniem wyboru oferty najkorzystniejszej mówi się bowiem głównie w sytuacji, gdy żaden z wykonawców wcześniej nie wnosił o okazanie mu zastrzeżonych części ofert. Jednak w przypadku odmowy termin ten liczy się od chwili odmowy, zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjątkiem jest, gdy zamawiający wskaże wykonawcy, że jego działanie *de facto* nie jest odmową, lecz wynika z faktu, że prowadzi on jeszcze czynności wyjaśniające co do zasadności zastrzeżenia.

Przy tym inaczej należy rozpatrywać takie zachowanie zamawiającego w dniu składania ofert (kiedy to zamawiający jeszcze nie miał faktycznej możliwości i odpowiedniego czasu do zapoznania się z ich treścią oraz dokonania oceny zasadności zastrzeżenia), a inaczej, kiedy odmowa następuje kilka dni czy tygodni po ich otwarciu (przy tym okres ten zależy od ilości i rodzaju informacji zastrzeżonych jako tajemnica).

Jednak w niniejszej sytuacji faktycznej zamawiający nie wskazał odwołującemu, że brak okazania całości oferty nie stanowi odmowy jej udostępnienia. Biorąc zaś pod uwagę ilość i rodzaj zastrzeżonych informacji, a także okres pomiędzy odpowiednio 23 stycznia, 2 lutego, 5 lutego i 12 lutego, zamawiający miał wystarczającą ilość czasu, by zbadać ofertę w tym zakresie – lub choćby poinformować odwołującego o tym, że takie badanie prowadzi.

11

Pomijając fakt, że zamawiający nie wskazał żadnych dowodów na prowadzenie tych czynności w tamtym okresie – wezwanie do wyjaśnień skierował do przystępującego dopiero po wniesieniu odwołania.

Tym samym działania zamawiającego w zakresie braku działania lub zaniechania niezgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych nie można ocenić pozytywnie.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferty udostępnia się wykonawcom od chwili ich otwarcia, a tym samym odmowa udostępnienia powinna być uzasadniona.

W § 5 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została wskazana zasada, że udostępnienie wnioskodawcy protokołu lub załączników do niego (w tym ofert) powinno nastąpić niezwłocznie, czyli – jak się tłumaczy owo wyrażenie – „bez zbędnej zwłoki”. Zamawiający nie udowodnił, iż nastąpiły tu jakiegokolwiek okoliczności, które wskazywałyby na wyjątkową sytuację, w związku z którą nie mógł podjąć wymaganych czynności, a przede wszystkim – że nie mógł poinformować odwołującego o działaniu w tym zakresie.

Co do samego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – Izba uznała, że nie zachodzą tu przesłanki, które pozwalałyby na takie zastrzeżenie. Zresztą takie samo stanowisko wyraził zamawiający w piśmie z 27 lutego 2015 r.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa (mający wartość gospodarczą), nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przystępujący utajnił część swojej oferty (str. 54-100) w zakresie formularza cenowego Część 1. Tabela A – Sprzęt i Tabela B – oprogramowanie oraz formularza cenowego Część 2. model i producent oraz zaoferowane oprogramowanie – nazwa licencji i producent.

Zdaniem Izby zastrzeżone informacje nie mają charakteru technicznego, technologicznego, handlowego ani organizacyjnego przedsiębiorstwa. Przystępujący zastrzegł bowiem część formularza cenowego w zakresie produktów, które oferuje zamawiającemu.

12

Przystępujący wskazał, że pozwala mu to zachować konkurencyjną przewagę nad innymi wykonawcami ze względu na lepszy dobór owych produktów.

Jednak takiego działania nie można uznać za usprawiedliwione wobec zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zasady jawności oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko odwołującego, że doboru dostępnego na rynku sprzętu i oprogramowania do wymagań zamawiającego przedstawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie można uznać za „unikalną wiedzę inżynierską” czy wyjątkowe „know-how”, lecz zwykłą wiedzę profesjonalną, którą posiadają wykonawcy w danej branży. Wykonawca nie musiał bowiem w ofercie przedstawiać szczegółowej metody zaprojektowania „unikalnego systemu telefonii IP”, opisywać „sposobów realizacji integracji systemu telefonii IP z systemami zewnętrznymi” czy „sposobów realizacji poszczególnych funkcjonalności systemu”, a jedynie wskazać nazwy oferowanych produktów.

Już nawet usytuowanie informacji – w formularzu cenowym, który zwyczajowo nie jest utajniany – wskazuje na jawny charakter tych informacji.

Taką samą argumentację mógłby bowiem podnieść każdy wykonawca w stosunku do każdego przedmiotu zamówienia, np. artykułów spożywczych, materiałów biurowych, budowlanych, komputerów, utajniając każdy produkt, który zaoferował zamawiającemu, aby konkurenci nie mogli zapoznać się z jego ofertą (podobnie jak i każdy przedsiębiorca na rynku, który publicznie ujawnia swój cennik). W każdym bowiem przypadku wykonawcy muszą dostosować oferowane produkty do specyficznych wymagań zamawiającego tak, aby przedstawić korzystną cenowo ofertę albo zdobyć klienta.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

13

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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).

Przewodniczący:

14