

POSTANOWIENIE
z dnia 18 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2015 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ATENDE S.A., Advatech Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Politechnikę Wrocławską, ul. Wybrzeże Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Qumak S.A., al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
B. wykonawcy **NEWMND Sp. z o.o., ul. Klecińska 125, 54-413 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **ATENDE S.A.** oraz **Advatech Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **ATENDE S.A.** oraz **Advatech Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Politechnikę Wrocławską na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa Systemu Archiwizacji i Udostępnienia Danych Unikalnych (SAiUDU) w ramach projektu „Środowiskowa Biblioteka Nauk Ścisłych i Technicznych na potrzeby Innowacyjnej Gospodarki”. W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – S.A. z Warszawy oraz Advatech sp. z o.o. z Wrocławia [wykonawca Atende lub Odwołujący] podnieśli zarzut naruszenia art. 8 ustawy Pzp z uwagi na niezapewnienie zachowania zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z nie ujawnieniem części oferty wykonawcy Newind Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [wykonawca Newind], w szczególności treści załącznika nr 5b do siwz [po jego zmianach z dnia 22/01/2015] odnośnie „oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z kalkulacją cenową

oraz karty katalogowe", które to informacje – zdaniem Odwołującego - nie podlegają ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie odtajnienia zastrzeżonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty wykonawcy Newind Sp. z o.o., w szczególności załącznika nr 5b. Odwołujący stwierdził, że interes jego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która klasyfikuje się w rankingu na drugiej pozycji. Wskutek nieprawidłowego i niezgodnego z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności ustawy, Odwołujący został pozbawiony możliwości weryfikacji i podważenia oferty konkurencyjnej - wykonawcy Newind sp. z o.o., która po dokonaniu czynności otwarcia ofert zajmuje pierwsze miejsce w rankingu. Podał także, że pismem z dnia 25.02.2015 r. przesłanym do Zamawiającego drogą elektroniczną zwrócił się z prośbą o niezwłoczne poinformowanie Atende S.A. o wynikach przeprowadzonej weryfikacji zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem dokumentów w ofercie Newind oraz o ujawnienie dokumentów odtajnionych, także w zakresie oferty wykonawcy Qumak S.A. Zamawiający w dniu 02.03.2015 r. poinformował Odwołującego o podtrzymaniu zastrzeżenia części oferty firmy Newind Sp. z o.o., jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informując przy tym, że wezwał wykonawcę Newind Sp. z o. o. do wyjaśnień w zakresie zasadności zastrzeżenia części oferty, w szczególności załącznika nr 5b do siwz (wraz z kalkulacją cenową i kartami

3

katalogowymi). Wykonawca pismem z dnia 26/02/2015 potwierdził, że informacje zastrzeżone, jako niejawnne są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa", a zatem wobec decyzji przez o podtrzymaniu zastrzeżenia dokonanego przez Newind odwołanie, zdaniem Odwołującego, zostało złożone w ustawowym terminie.

W uzasadnieniu zarzutu z odwołania podał w szczególności, co następuje:

Zamawiający w załączniku nr 5b do siwz po zmianach z dnia 22/01/2015 określił, jako wymagane elementy do wypełnienia przez wykonawcę takie dane, jak: producent, nazwa, numer katalogowy, ilość, nr załącznika dotyczący karty katalogowej, oraz żądał podania ceny zbiorczej za dany asortyment oraz dołączenia kart katalogowych. Zdaniem Odwołującego, odnośnie sposobu wypełnienia załącznika nr 5 b do SIWZ po zmianach z dnia 22/01/2015 - oferowany przedmiot zamówienia wraz z kalkulacją cenową, Zamawiający nie pozostawił wykonawcom dowolności, wskazując w Dziale III pkt.9 siwz, że „Wykonawca zobowiązany jest do złożenia Oferty, której treść pozwoli Zamawiającemu na zweryfikowanie Oferty pod względem jej zgodności z treścią siwz. Treść oferty wykonawcy musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wykonawca zobowiązany jest do jednoznacznego określenia zaoferowanych odpowiednio urządzeń/produktów/elementów, charakteryzując je poprzez odpowiednie wskazanie (wg postawionego przez Zamawiającego szczegółowego wymogu) np.: na konkretny wyrób, nazwanie, nazwy producenta, nr katalogowy - zgodnie z Załącznikiem nr 5b do siwz”. Dalej podał, że „Elementy zamówienia szczegółowo wskazane i narzucone przez Zamawiającego w kolumnie nr 2 załącznika nr 5b do siwz po zmianach z dnia 22/01/2015 nie pozwalają na etapie składania ofert na uznawanie oferowanych, zgodnie z nakreśloną już w tym załączniku formułą produktów, na autorskie rozwiązanie. Konstrukcja załącznika nr 5b do SIWZ po zmianach z dnia 22/01/2015 nie pozwala w żaden sposób przyjąć, że mamy do czynienia z autorskim rozwiązaniem stanowiącym know-how, które uzasadniałoby objęcie przedmiotowego załącznika tajemnicą przedsiębiorstwa, jak twierdzi Newind w piśmie z dnia 26.02.2015 r. skierowanym do Zamawiającego. Newind nadużywa pojęcia „autorskie” na własny użytek tak, aby tylko uzasadnić tajemnicę przedsiębiorstwa względem elementów własnej oferty, które w żaden sposób na objęcie taką tajemnicą nie zasługują. Treść ww. dokumentów nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ w ofercie Newind nie zostało zaproponowane rozwiązanie, które wypełniłoby znamiona takiej tajemnicy. Produkty oferowane przez poszczególnych wykonawców mogą pochodzić od różnych producentów, ale informację na ich temat, również odnośnie kart katalogowych tych produktów, są ogólnie dostępne w obrocie bez podejmowania nadzwyczajnych starań. Dodatkowo podniósł, że zgodnie z oświadczeniem zawartym z załącznika nr 5b do siwz dopiero przed podpisaniem umowy

4

wykonawca zobowiązuje się do przedstawienia Zamawiającemu funkcjonalności oraz szczegółowej konfiguracji dla wszystkich zaoferowanych komponentów przedmiotu zamówienia, wraz ze zbiorczą kalkulacją cenową i między innymi dlatego uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty Newind nie zasługuje na uwzględnienie. Odnosząc się do dokumentów, które zostały złożone, jako elementy oferty Newind – Odwołujący, powołując się na orzecznictwo stwierdził, że to na oferencie leży ciężar dowodu wykazania, na czym polega, uzasadniająca możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oryginalność wskazywanego przez niego na etapie składania ofert rozwiązania, przy czym nie są tutaj wystarczające ogólnikowe stwierdzenia, konieczne jest wskazanie na czym oryginalność konkretnego sprzętu, oprogramowania, czy konfiguracji polega. Nie zgodził się także z twierdzeniami wykonawcy Newind zawartymi na stronie 032 oferty, że wskazane w szczegółowym opisie oferowanego przedmiotu zamówienia, zgodnie z załącznikiem nr 5b do SIWZ po zmianach z dn. 22/01/2015 wraz z kartami katalogowymi, informacje są „spersonalizowane dla potrzeb realizacji przedmiotowego postępowania i niewątpliwie stanowią informacje o charakterze technicznym i technologicznym, czy że „zaproponowane rozwiązanie w postaci konfiguracji oferowanego rozwiązania stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”, gdyż owe uzasadnienie po pierwsze nie wykazuje spełnienia przesłanek pozwalających uznać przedmiotowe informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a po drugie dotyczy dokumentu, który wykonawca przedstawia de facto przed podpisaniem umowy, a nie na etapie składania ofert, albowiem Newind przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia dokumentu, który nie był żądany na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci szczegółowej konfiguracji dla wszystkich zaoferowanych komponentów przedmiotu zamówienia, wraz ze szczegółową kalkulacją cenową, co potwierdza uzasadnienie Newind Sp. z o.o. w treści „niewątpliwie koncepcja konfiguracji sprzętu i oprogramowania stanowi w zaistniałym stanie faktycznym rozwiązanie indywidualne, stworzone na potrzeby Zamawiającego, które nie zostało ujawnione do wiadomości innych osób i podmiotów”. Odwołujący podkreślił, że w tym postępowaniu „Przedmiot zamówienia został precyzyjnie opisany przez Zamawiającego, a asortyment, który ma zostać dostarczony nie powstał na potrzeby niniejszego postępowania, nie stanowi więc know-how wykonawcy, nie można zgodzić się więc z twierdzeniem Newind Sp. z o.o., że owe „unikalne” rozwiązanie zostało stworzone na potrzeby Zamawiającego i nie zostało ujawnione do wiadomości innych osób i podmiotów, o czym Zamawiający może sam się przekonać porównując treść ofert wykonawców. Wskazał również na nieadekwatność w tym stanie faktycznym przytaczanego na stronie 033 oferty Newind wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-03-07 sygn. akt KIO 341/14 [cyt: „Zasada jawności postępowania nie może być interpretowana w ten sposób, że każdy wykonawca ma prawo wejścia w

5

posiadanie wiedzy na temat rozwiązań technicznych innego podmiotu, takich które do tej pory nie były stosowane”], gdyż producenci asortymentu wskazanego w załączniku są powszechnie znani (firmom profesjonalnie zajmującym się dostawą takiego asortymentu), a ich oferta (producentów) nie jest utajniona i asortyment oferowany przez wykonawców jest dostępny dla profesjonalnych podmiotów potencjalnie zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Powołując się na treść złożonych w tym postępowaniu ofert, a także na orzecznictwo, w tym wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 5, oraz na załącznik nr 5b do siwz (wraz z kalkulacją cenową i kartami katalogowymi) Odwołujący stwierdził, że z treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, co oznacza, iż tajemnicą przedsiębiorstwa jest tylko taka informacja, która spełnia łącznie trzy przesłanki, a mianowicie: ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione wskazane wyżej przesłanki. Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej

posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 2.10. 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05). Zamawiający, w opinii Odwołującego, zaniechał dokonania takich ustaleń, opierając się na wyjaśnieniach zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dołączonych przez Newind, w sposób bezzasadny, pomimo wątpliwości, co do zasadności zastrzeżenia treści oferty złożonej przez Newind, co potwierdza zwrócenie się do Newind z pismem o złożenie wyjaśnień i pomimo tego uznał zastrzeżenie za skuteczne, a w rezultacie nie odtajnił tych informacji, co w kontekście ostatniej nowelizacji ustawy Pzp wydaje się być czynnością nieznaną oparcia w przepisach tej ustawy, zwłaszcza, że de facto na podstawie załączonych do oferty wyjaśnień powinien samodzielnie dokonać weryfikacji zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał ponadto, że dwóch z trzech oferentów, [Odwołujący oraz wykonawca Qumak S.A.] zdecydowało się na odtajnienie treści załącznika

6

nr 5b (wraz z kalkulacją cenową i kartami katalogowymi), przy czym wykonawca Qumak S.A. odtajnił załącznik w zakresie kolumny nr 3 z informacjami o producentach oferowanych produktów oraz jego zdaniem, niezgodne ze stanem faktycznym są twierdzenia Newind, że obaj wykonawcy, którzy odtajnił części ofert działają w porozumieniu - biorąc pod uwagę jednakową datę obu pism, gdyż bezspornym jest, że Odwołujący otrzymał informację od Zamawiającego o odtajnieniu części oferty przez Qumak S.A. dnia 24.02.2015 r., natomiast o swojej decyzji odtajnienia części oferty Odwołujący poinformował Zamawiającego dnia 25.02.2015 r., czyli dzień później. Powołując się na orzecznictwo w podobnych sprawach, podkreślił, że zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może mieć na celu jedynie uniemożliwienia zapoznania się z ofertą w czasie trwania postępowania, jak równie nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców W przedmiotowym stanie faktycznym, gdzie przedmiot zamówienia został precyzyjnie opisany przez zamawiającego a zaoferowane produkty nie powstały na potrzeby tego postępowania o zamówienie publiczne nie stanowią know - how wykonawcy i, jako takie nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Dalej stwierdził, że nie ma cech tajemnicy informacja, o której można się dowiedzieć z dostępnych źródeł, co ma miejsce w tym przypadku, gdyż wiadomości dotyczące producenta, modelu, typu, wersji oferowanego sprzętu i oprogramowania są ogólnie dostępne chociażby na stronach internetowych. Podkreślił także, że utajnienie tej części oferty jest szczególnie niewłaściwe, gdyż zawiera ona informacje, które służą do wyliczenia ceny oraz punktacji decydującej o wyborze oferty. Odwołujący uważa, iż brak możliwości zweryfikowania informacji mogących mieć wpływ na ocenę oferty wykonawcy, i uznaniu jej w części jako niejawną ma bezpośredni wpływ na możliwość zweryfikowania decyzji w zakresie późniejszego wyboru i uznaniu oferty jako najkorzystniejszej. Reasumując i wnosząc o uwzględnienie odwołania stwierdził, że oferowany przedmiot zamówienia wraz z kalkulacją cenową oraz karty katalogowe nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca Qumak S.A., z Warszawy [wykonawca Qumak], wnosząc o uwzględnienie odwołania

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca NEWIND Sp. z o.o. z Wrocławia [wykonawca Newind], wnosząc o oddalenie odwołania.

7

Zamawiający na posiedzeniu wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wniosku podniósł w szczególności, że Odwołujący w dniu 18 lutego 2015 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu ofert, żądając w szczególności dostępu do jawnej części ofert wszystkich wykonawców. W odpowiedzi w dniu

20 lutego 2015 r. oferty w żądanym zakresie zostały udostępnione. Zamawiający stwierdził również, że wykonawca Qumak w dniu 23.02.2015 r. złożył oświadczenie o „odtajnieniu” oferty wykonawcy w zakresie załącznika nr 5b, o czym Zamawiający powiadomił wykonawców. Dalej podniósł, że Odwołujący w dniu 25 lutego 2015 r. [pismo z dnia 23.02.2015 r.] zwrócił się z żądaniem o udostępnienie załącznika do protokołu z postępowania, a mianowicie dokumentów stanowiących integralną część oferty Newind oraz dokumentów „odtajnionych” przez wykonawcę Qumak (str 1 pisma), a w jego konkluzji - o poinformowanie czy zostało podtrzymane zastrzeżenie informacji w ofercie wykonawcy Newind. Zamawiający, wobec żądania Odwołującego z 25.02.2015 r. o odtajnienie wszystkich ofert, w tym wykonawcy Newind, treść pisma z dnia 23.02.2015 r. przesłał do wykonawcy Newind, prosząc o złożenie wyjaśnień, co do tego żądania. Wykonawca Newind podtrzymał stanowisko, tak jak w ofercie i Zamawiający w piśmie z dnia 2.03. 2015 r., w pkt 1 tego pisma, odtajnił ofertę Odwołującego, zgodnie z jego żądaniem z 25.02. 2015 r., a w pkt 2 podtrzymał decyzję o zastrzeżeniu części oferty wykonawcy Newind w zakresie załącznika 5b. Zamawiający w konkluzji podkreślił, że stanowisko zawarte w piśmie z dnia 2 marca 2015 r. nie jest nowym stanowiskiem, jest bowiem tylko podtrzymaniem uprzednio wyrażonego stanowiska, tak jak w udostępnieniu ofert w dniu 20 lutego 2015 r.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 182 ust.3 pkt 1 tej ustawy.

W tym odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia art. 8 ustawy Pzp, wskazując na niezapewnienie zachowania zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa Systemu Archiwizacji i Udostępnienia Danych Unikalnych (SAiUDU) w ramach projektu „środowiskowa Biblioteka Nauk Ścisłych i Technicznych na potrzeby Innowacyjnej Gospodarki” w związku z nie ujawnieniem treści załącznika nr 5 b do oferty wykonawcy Newind Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dotyczącego oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z kalkulacją cenową oraz braku

8

ujawnienia kart katalogowych, które zawierają informacje niepodlegające – zdaniem Odwołującego – ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Z ustaleń w sprawie wynika, że termin składania ofert w tym postępowaniu upłynął w dniu 16 lutego 2015 r. o godz. 10.00, a ich otwarcie nastąpiło w tym samym dniu o godz.10.30. Odwołujący o udostępnienie do wglądu protokołu postępowania wraz z załącznikami, zwrócił się do Zamawiającego w dniu 18 lutego 2015 r., podkreślając, że jego żądanie w szczególności dotyczy udostępnienia jawnych części ofert oraz korespondencji z wykonawcami. Zamawiający w odpowiedzi w dniu 20 lutego 2015 r. udostępnił ofertę wykonawcy Newind i wykonawcy Qumak w ich części jawnej. Wykonawca Qumak w dniu 23 lutego 2015 r. – bez wezwania - uchylił zastrzeżenie w stosunku do jego oferty. Izba stwierdza także, że wykonawca Newind w ofercie w jej części jawnej [str 021 – 034] w piśmie oznaczonym datą 13.02.2015 r., wskazując na przepis art. 8 ust.3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, złożył wyjaśnienia z jakich przyczyn zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. informacje zawarte w załączniku nr 5b do oferty, wraz z wymaganymi w tym postępowaniu kartami katalogowymi. Odwołujący w piśmie z dnia 23 lutego 2015 r., przesłanym do Zamawiającego w dniu 25 lutego 2015 r., zwrócił się ponownie z żądaniem o udostępnienie załącznika do protokołu, a mianowicie dokumentów stanowiących integralną część oferty Newind oraz dokumentów odtajnionych przez wykonawcę Qumak (str 1 pisma), a w jego konkluzji wniósł o poinformowanie, czy zostało podtrzymane zastrzeżenie informacji w ofercie wykonawcy Newind. Zamawiający wskazane pismo przekazał do wykonawcy Newind, celem ustosunkowania się do podnoszonej w nim argumentacji i żądań. W odpowiedzi wykonawca Newind podtrzymał stanowisko, tak jak w ofercie, i Zamawiający w piśmie z dnia 2 marca 2015 r., w jego pkt 2, podtrzymał decyzję o zastrzeżeniu części oferty Newind w zakresie załącznika 5b oraz kart katalogowych.

Rozpoznając podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 8 ustawy Pzp z powodu nieujawnienia informacji z oferty wykonawcy Newind, w zakresie załącznika nr 5b Izba,

stwierdziła, że stanowisko Zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 2 marca 2015 r. nie jest nowym stanowiskiem w stosunku do decyzji dnia 20 lutego 2015 r., a tylko podtrzymaniem uprzednio wyrażonego stanowiska w procedurze udostępnienia oferty wykonawcy Newind z dnia 20 lutego 2015 r. To oznacza, że w niniejszej sprawie dla obliczania terminu do wniesienia tego odwołania ma zastosowanie zasada z art. 182 ust.3 ustawy Pzp, zgodnie z którą - wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu, takich jak zaniechanie udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa [i jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia

9

publicznego] - odwołanie wnosi się w terminie, w ciągu odpowiednio 5 lub 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Tak jak wskazuje się w orzecznictwie, a przede wszystkim w uchwale z dnia 28 lutego 2013 r. Sądu Najwyższego III CZP 107/2012, w odniesieniu do kwestionowanej czynności [braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji, niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa] ustawa Pzp nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu we wniosku i/lub w ofercie takich informacji. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 tej ustawy, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym każdy wykonawca, zgodnie z art. 182 ust.3 Pzp, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu w danej ofercie informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i stanowisko zamawiającego odmawiające ich ujawnienia, co do zasady, może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty [wniosku]. W niniejszym stanie faktycznym, Odwołujący mógł powziąć informację o okolicznościach, stanowiących podstawę wniesienia odwołania de facto już w dniu 16 lutego 2014 r. po godzinie 10, 30, albowiem z upływem tego terminu [wyznaczonego na otwarcie] mógł zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie ofert innych wykonawców, i w ten sposób zweryfikować poprawność czynności związanej z oceną przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych przez wykonawców, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba zwraca uwagę, że ustawa Pzp nie określa szczegółowej procedury dokonywania oceny poprawności, czy zasadności zastrzeżenia w ofercie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. We wskazanym art. 8 ust. 3 ustawa Pzp wymaga tylko, aby wykonawca wykazał, że zastrzeżone nie później w terminie składania ofert [lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu] informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowej sprawie wykonawca Newind – jak ustaliła Izba – w ofercie [pismo z dnia 13.02.2015 r.] przedstawił powody dla których zastrzeżono, jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. informacje z załącznika 5b oraz wymagane siwz karty katalogowe. Izba ponadto ponownie zwraca 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 - przy zachowaniu należytej staranności - od daty możliwości powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko jej podjęcia przez wykonawcę. Izba dodatkowo również zauważa, że zgodnie ze wskazanym art. 96 ust.3 ustawy Pzp oferty powinny być dostępne od chwili ich otwarcia i tym samym ustalanie przez zamawiającego terminu udostępniania ofert, o ile nie jest to obiektywnie uzasadnione, może być postrzegane jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp, jednakże w konsekwencji nie może skutkować przywróceniem terminu do wniesienia odwołania w związku z brakiem działania [wniesienia odwołania] przez wykonawcę w terminie ściśle określonym ustawą Pzp.

10

Na marginesie Izba także zauważa, że termin do wniesienia odwołania – co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie - jest terminem zawitym, a tym samym nie podlega przywróceniu z żadnego powodu. Tym samym, w okolicznościach tej sprawy, wobec żądania z dnia 18 lutego 2015 r. i jego zakresu oraz wyznaczonego terminu na udostępnienie ofert bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczął się niewątpliwie najpóźniej z dniem 20 lutego 2015 r., a zakończył z dniem 2 marca 2015 r.

Tym samym, mając na względzie okoliczności faktyczne niniejszej sprawy odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba na marginesie zwraca uwagę, że uchylenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez pozostałych wykonawców w zakresie analogicznych, uprzednio zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji – na gruncie obowiązujących przepisów Pzp - nie może stanowić dostatecznej podstawy do kwestionowania klauzuli, o której stanowi art. 8 ust.3 ustawy Pzp. Ponadto Izba zgadza się, że to na ofercie leży ciężar dowodu wykazania oryginalności przedstawionego w ofercie rozwiązania, spersonalizowanego dla potrzeb realizacji danego zamówienia, albowiem tylko takie okoliczności niewątpliwie mogą kwalifikować informacje o charakterze technicznym i technologicznym, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Także zdaniem Izby, nie jest wystarczające posługiwanie się tylko ogólnikowymi stwierdzeniami, konieczne jest wskazanie na czym polega oryginalność zastrzeżonego rozwiązania, m.in. w tym, co do zastosowania konkretnego sprzętu, oprogramowania, czy konfiguracji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

11

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....

12