Sygn. akt: KIO 91/15

WYROK
z dnia 30 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2015 r. przez wykonawcę **Dimension Data Polska sp. z o.o. w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comp S.A. w Warszawie** oraz **Alma S.A. w Poznaniu,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Alcatel-Lucent Polska sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Sprint S.A. w Olsztynie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolską Sieć Szerokopasmową S.A. w Wysogotowie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comp S.A. w Warszawie oraz Alma S.A. w Poznaniu w części:**
   a) kolumna nr 3 załącznika nr 1 do oferty — Szczegółowa wycena przedmiotu zamówienia (str. 45-53 oferty),
   b) załącznik nr 2 — Planowana konfiguracja dostarczonych przez wykonawcę urządzeń, sprzętu, oprogramowania (str. 55-104 oferty),
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comp S.A. w Warszawie** oraz **Alma S.A. w Poznaniu** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Dimension Data Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comp S.A. w Warszawie oraz Alma S.A. w Poznaniu** na rzecz **Dimension Data Polska sp. z o.o. w Warszawie** kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 91/15

Uzasadnienie

Wielkopolska Sieć Szerokopasmowa S.A. w Wysogotowie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa urządzeń

części aktywnej Wielkopolskiej Sieci Szerokopasmowej wraz z oprogramowaniem oraz instalacja i serwisem dostarczonych urządzeń".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 sierpnia 2014 r. nr 2014/S 157-28242. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wobec zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na ujawnieniu treści oferty wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, tj.:

1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alcatel-Lucent Polska sp. z o.o. w Warszawie oraz Sprint S.A. w Olsztynie, zwanych dalej „przystępującym Alcatel", w zakresie zaniechania odtajnienia oferty w części:
   a) załącznik nr 1 — Szczegółowa wycena przedmiotu zamówienia (str. 4 oferty);
   b) załącznik nr 2 — Planowana konfiguracja dostarczonych przez Wykonawcę urządzeń, sprzętu, oprogramowania (str. 5-97 oferty);
2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comp S.A. w Warszawie oraz Alma S.A. w Poznaniu, zwanych dalej „przystępującym Comp", w zakresie zaniechania odtajnienia oferty w części:
   a) kolumna nr 3 załącznika nr 1 do oferty — Szczegółowa wycena przedmiotu zamówienia (str. 45-53 oferty);
   b) załącznik nr 2 — Planowana konfiguracja dostarczonych przez wykonawcę urządzeń, sprzętu, oprogramowania (str. 55-104 oferty)

wykonawca Dimension Data Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym", wniósł w dniu 16 stycznia 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp wobec zaniechania ujawnienia ofert ww. wykonawców pomimo, że utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,
2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503) (dalej: „UZNK") przez

zaniechanie ujawnienia treści ofert ww. wykonawców, pomimo tego, iż zastrzeżone dokumenty nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W oparciu o przywołane zarzuty i przedstawioną w uzasadnieniu odwołania argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych części ofert ww. wykonawców.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający zaniechał czynności odtajnienia części ofert przystępującego Alcatel oraz przystępującego Comp pomimo braku zaistnienia przesłanek do ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący argumentował, że zasada jawności postępowania o zamówienia publiczne gwarantuje przejrzystość prowadzonego postępowania oraz pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców. Praktycznym wyrazem tej zasady jest konieczność udostępniania dokumentów sporządzanych w czasie postępowania, nie tylko przez zamawiającego, ale również przez wykonawców. Jednym z wyjątków od zasady jawności postępowania jest tajemnica przedsiębiorstwa, która powinna być interpretowana w sposób ścisły i ostrożny. Na zamawiającym ciąży obowiązek zbadania w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający zaniechał odtajnienia części ofert pomimo ciążącego na nim obowiązku zbadania, czy występują przesłanki uzasadniające zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że wymagania zamawiającego dotyczące funkcjonalności, a także samej budowy i konfiguracji zamawianego systemu były na tyle szczegółowe, że nie pozostawiały wykonawcom miejsca na „twórczą" dowolność. Jeżeli przedstawiona przez wykonawców specyfikacja i konfiguracja systemu zawiera jakieś unikalne know - how, to jest to jedynie know - how zamawiającego. Wykonawcom zaś pozostawiono jedynie dobór urządzeń określonego producenta (przy czym postawione wymagania determinują w ogólnym zarysie klasę, a nawet konkretne modele tych urządzeń poszczególnych

producentów).

Odwołujący stwierdził ponadto, że treść zastrzeżonych dokumentów zawiera informacje identyfikujące oferowane przez wykonawców urządzenia, sprzęt oraz oprogramowanie, które mogą w przyszłości zostać ujawnione, ze względu na postanowienie zawarte w punkcie 2.1.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia, w którym widnieje wymóg interoperacyjności dostarczonego systemu. Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia w punkcie 2.1.2 Interoperacyjność określił ogólne wymagania technologiczne stawiane dla dostarczanego systemu tj. System musi mieć charakter systemu otwartego, w szczególności powinien charakteryzować się neutralnością technologiczną oraz pozwalać na dalszą rozbudowę systemu bez naruszania warunków gwarancji w zakresie dostarczonych

komponentów. Wymaganie to oznacza, że zamawiający ma prawo w dowolnym momencie trwania projektu rozbudować system o kolejne węzły/interfejsy/funkcjonalności/usługi, niekoniecznie bazując na tych rozwiązaniach, które zostały wykorzystane do jego budowy.

Odwołujący wywodził, że stopień skomplikowania i zaawansowanie technologiczne urządzeń wykorzystywanych do budowy tego typu sieci jest tak duże, że wzajemne zależności pomiędzy poszczególnym komponentami oraz ich wpływ na siebie mogą mieć kluczowe znaczenie dla określenia wymagań funkcjonalnych, ilościowych i jakościowych przy jakiekolwiek modyfikacji jej struktury bądź funkcjonalności, a co za tym idzie muszą być one znane wszystkim potencjalnym oferentom w celu precyzyjnego zwymiarowania i doboru niezbędnych do jej realizacji elementów sprzętowych i programowych. Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie zdefiniować wszystkich niebezpieczeństw związanych z podaniem niepełnych czy też nieprecyzyjnych informacji na temat konfiguracji poszczególnych komponentów składowych sieci i nieistotnym jest tutaj nawet fakt, czy planowana rozbudowa lub modyfikacja bazować będzie na sprzęcie z którego wykonana ma być sieć czy też z wykorzystaniem innego rozwiązania technologicznego. Przykładowo, jeżeli zamawiający będzie rozbudowywał posiadane rozwiązanie przez zwiększenie pojemności systemu, to będzie musiał wskazać w dokumentacji postępowania, jakie konkretnie urządzenia (ze wskazaniem producenta, modelu, numeru katalogowego, konfiguracji, wersji oprogramowania systemowego etc.) będą podlegały rozbudowie. Rozbudowa systemu w dowolnym scenariuszu będzie musiała nastąpić w ramach przetargu publicznego a zamawiający w takim przetargu będzie musiał wskazać informacje, które w chwili wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W innym bowiem wypadku, potencjalni wykonawcy nie będą w stanie ocenić, czy wykonanie zamówienia jest realne i w jaki sposób powinni sformułować oraz wycenić ofertę.

Odwołujący zaznaczył, że powyższe oznacza, iż postawione przez zamawiającego wymaganie dotyczące zapewnienia interoperacyjności, wymusza od wykonawców, którzy zdecydowali się na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, zgodę na ujawnienie szczegółów technicznych oferowanego rozwiązania. W przeciwnym wypadku, wymaganie dotyczące interoperacyjności nie może zostać zrealizowane przez zamawiającego. Odwołujący zwrócił także uwagę, że przekazanie wykonawcom ewentualnej rozbudowy systemu wszelkich informacji dotyczących posiadanego rozwiązania jest nie tylko konieczne zgodnie z zasadami opisu przedmiotu zamówienia, lecz także leży w interesie zamawiającego. Ze względu na fakt, iż zamawiający nie jest producentem sprzętu oraz jego wiedza na temat zastosowanych rozwiązań technologicznych wykorzystanych do budowy sieci WSS jest, czy też będzie w oczywisty sposób ograniczona, przy planowaniu jakichkolwiek zmian w jej strukturze bądź rozbudowie, zamawiający nie może brać na siebie ryzyka związanego z samodzielną specyfikacją elementów niezbędnych do jej rozbudowy. W

związku z tym, przygotowując opis wymagań przetargowych do jakiejkolwiek rozbudowy czy modyfikacji struktury lub funkcjonalności sieci zamawiający dla własnego bezpieczeństwa powinien dokładnie przedstawić wykonawcom aktualny stan i konfigurację wszystkich jej węzłów w celu umożliwienia przygotowania oferty odpowiadającej rzeczywistym wymaganiom projektowym.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie

faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie przystępujący Alcatel. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o uwzględnienie odwołania i o odtajnienie oferty przystępującego Comp. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie przystępujący Comp. Wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. W sprzeciwie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W trakcie rozprawy odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia oferty przystępującego Alcatel.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego Comp, wezwanie zamawiającego skierowanego do przystępującego Comp z 20 stycznia 2015 r. o wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, odpowiedź przystępującego Comp na ww. wezwanie z 22 stycznia 2015 r., pismo zamawiającego z 22 stycznia 2015 r. skierowane do przystępującego Comp zawierające stanowisko zamawiającego co do tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie przystępującego Comp, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie z 26 stycznia 2015 r., sprzeciw, pismo procesowe przystępującego Alcatel, również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania

---

złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zaniechanie odtajnienia części oferty złożonej przez konkurenta utrudnia odwołującemu zweryfikowanie czy oferta ta odpowiada wymaganiom zamawiającego. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa prowadzić będzie do nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi wykonawcy skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej. W konsekwencji może to doprowadzić do wyeliminowania oferty złożonej przez konkurenta, zaś oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą.

Ustalono, że w myśl pkt 4 SIWZ, przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń części aktywnej Wielkopolskiej Sieci Szerokopasmowej wraz z oprogramowaniem oraz z instalacją i serwisem dostarczonych urządzeń. Wskazano, że urządzenia aktywne zainstalowane w węzłach sieci powinny umożliwiać realizację m.in.:
- agregacji ruchu w sieci szkieletowej w technologii DWDM i MPLS,
- agregacji ruchu w sieciach dystrybucyjnych w technologii DWDM i MPLS,
- wymiany ruchu z innymi sieciami wojewódzkimi i/lub dostawcami Internetu,
- zarządzania i konfiguracji systemu transmisyjnego realizowanego w technologii DWDM i MPLS.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 1 do

SIWZ – opis przedmiotu zamówienia (OPZ).

Jeżeli chodzi o typologię fizyczną rozwiązania to zamawiający narzucił wykonawcom, że w skład sieci szkieletowej WSS wchodzić mają łącznie 32 węzły. Zamawiane węzły i ich rodzaj opisano w tabeli 1 (s. 22 i 23 OPZ – załącznik nr 1 do SIWZ). Węzły te miały zostać połączone łączami światłowodowymi w sposób określony na rysunku 1 (s. 24 OPZ).

Projektowane odległości odcinków światłowodowych zostały przez zamawiającego narzucone w tabeli nr 2 (s. 25-26 OPZ). Jeżeli chodzi o warstwę DWDM, to schemat połączeń zamawiający określił w rysunku nr 3 (s. 30 SIWZ). Dalej zamawiający narzucił wyposażenie węzłów sieci DWDM w interfejsy liniowe i usługowe, określając ich minimalne parametry (tabela 3, s. 31-33 OPZ). Z kolei na rysunkach 4, 5, 6 (s. 34-35 OPZ) zamawiający określił swoje wymagania przedstawiając schematy ideowe węzłów dystrybucyjnych, agregacyjnych i szkieletowego. Jeżeli chodzi o warstwę MPLS, to str. 40 OPZ zamawiający opisał swe wymagania odnośnie wyposażenie węzłów warstwy MPLS, określając minimalne wymagania dotyczące interface'ów (tabela 4). Wreszcie na rys. 7 przedstawiono schemat logiczny zamawianej sieci IP/MPLS.

W pkt 2.1.2. OPZ (zał. nr 1 do SIWZ) zamawiający sformułował wymagania dotyczące interoperacyjności systemu. Zamawiający przewidział, że system musi wykorzystywać ogólnie przyjęte protokoły komunikacyjne, standardy kodowania, języki programowania oraz standardy realizacji interfejsu użytkownika. System musi mieć charakter systemu otwartego, w szczególności charakteryzować się neutralnością technologiczną oraz pozwalać na dalszą rozbudowę systemu bez naruszania warunków gwarancji w zakresie dostarczonych komponentów.

W pkt 12.3. SIWZ zamawiający wskazał, że w skład oferty muszą wchodzić m.in. wypełnione załączniki nr 1 i nr 2 do formularza oferty, zgodnie z instrukcjami zawartymi w tych załącznikach.

Zgodnie ze wzorem załącznika nr 1 do oferty, w kolumnie 3 należało wskazać „urządzenia lub sprzęt dostarczane przez wykonawcę (nazwę sprzętu, typ, nazwę producenta, numer katalogowy), w kolumnie 4 – ilość ww. urządzeń, zaś w kolejnych kolumnach – cenę tych urządzeń.

Zgodnie ze wzorem załącznika nr 2 do oferty (zatytułowanym „planowana konfiguracja dostarczonych przez wykonawcę urządzeń, sprzętu, oprogramowania), wykonawca miał w tym dokumencie przedstawić planowaną koncepcję konfiguracji dostarczonego systemu dla warstwy DWDM i MPLS. Koncepcja ta miała się składać z dwóch punktów:
- w punkcie 1 – graficzna konfiguracja urządzeń i sprzętu. Schemat graficzny miał odzwierciedlać umiejscowienie urządzeń w węzłach sieci oraz sposób podłączenia urządzeń między sobą z określonymi przepływnościami, oddzielnie dla warstwy DWDM i MPLS. Pomocny w tym zakresie winien być opis graficzny sieci WSS zawarty w OPZ.
- w punkcie 2 – graficzny schemat urządzeń dla typu węzła (szkieletowy, agregacyjny, dystrybucyjny) ze wskazaniem typu urządzenia, kart, zastosowanych podzespołów, odzwierciedlający budowę poszczególnych urządzeń, które wykonawca zamierza dostarczyć zamawiającemu, oddzielnie dla warstwy DWDM i MPLS.

Wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego, jaka zostanie zawarta z wybranym wykonawcą (załącznik nr 3 do SIWZ) zawiera m.in. następujące postanowienia:
W terminie 30 dni od dnia zawarcia niniejszej umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu na piśmie Projekt Techniczny Wykonawczy zgodny z pkt 11.1 OPZ określający szczegółowo sposób realizacji przedmiotu zamówienia, stanowiący rozwinięcie merytoryczne Planowanej konfiguracji dostarczonych przez Wykonawcę urządzeń, sprzętu, oprogramowania przedstawionej w ofercie Wykonawcy (załącznik nr 2 do oferty Projekt Techniczny Wykonawczy musi być zatwierdzony przez Zamawiającego.
(§ 2 ust. 3 wzoru umowy).

W ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 1 niniejszej umowy Wykonawca zobowiązuje się przenieść na Zamawiającego:
a) całość autorskich praw majątkowych związanych wytworzonymi w czasie realizacji

niniejszej umowy dziełami, bez ograniczeń terytorialnych i czasowych, na wszystkich polach eksploatacji, a w szczególności:
(i) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania - wytwarzania dowolną techniką egzemplarzy dokumentacji, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową, a także do wprowadzania dokumentacji do pamięci komputera;
(ii) w zakresie obrotu oryginałem dokumentacji albo egzemplarzami, na których utrwalono dzieło, użyczania, najmu lub dzierżawy oryginału albo egzemplarzy;
(iii) w zakresie rozpowszechniania dokumentacji w sposób inny niż określony w punkcie (ii) - publicznego wystawienia, wyświetlenia, a także publicznego udostępniania ww. utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym, w tym poprzez udostępnianie go w sieci Internet;
b) wyłączne prawa do rozpowszechniania (w tym rozporządzania i korzystania) oraz zezwalania na rozpowszechnianie wszelkich opracowań dokumentami, a w szczególności jej adaptacji lub przeróbek, a nadto prawa do wykorzystania fragmentów (elementów) dokumentacji w innych utworach;
c) prawo do wykonywania zależnych praw autorskich w pełnym zakresie na wszystkich polach eksploatacji określonych w niniejszym paragrafie.
(§ 8 ust. 1 wzoru umowy).

W odpowiedzi zamawiającego nr 30 z 12 grudnia 2014 r., na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, zamawiający stwierdził, że przedmiotem zamówienia nie jest dostarczenie urządzeń, sprzętu i oprogramowania, ale dostawa tychże elementów wraz z montażem/ instalacją uruchomieniem, serwisem jako systemu w piśmie optycznym DWDM i MPLS. Wykonawca odpowiada za efekt, którym jest zgodna z OPZ

---

dostawa urządzeń, sprzętu i oprogramowania i prawidłowe działanie całego opisanego w SIWZ systemu. Z uwagi na wielość możliwych rozwiązań, sprzętu, konfiguracji, zamawiający nie narzucił wykonawcom rozwiązania / urządzeń jednego z producentów urządzeń, a jedynie określił wymagania jakim musi odpowiadać dostarczony system urządzeń aktywnych sieci WSS.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli m.in.
a) odwołujący,
b) przystępujący Alcatel,
c) przystępujący Comp.

Przystępujący Comp zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść kolumny 3 wypełnionego załącznika nr 1 do oferty oraz załącznik nr 2 do oferty.

Przystępujący Alcatel zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść wypełnionego załącznika nr 1 do oferty oraz załącznik nr 2 do oferty.

W dniu 30 grudnia 2014 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o możliwość wglądu w dokumentację postępowania w dniu 7 stycznia 2015 r. (wniosek odwołującego z 30 grudnia 2014 r.).

W dniu 7 stycznia 2015 r. przedstawiciel odwołującego przybył do siedziby zamawiającego, zaś zamawiający odmówił mu udostępnienia kolumny 3 załącznika nr 1 do oferty przystępującego Comp, załącznika nr 2 do oferty przystępującego Comp, a także załącznika nr 1 i nr 2 do oferty przystępującego Alcatel (okoliczność niesporna, oświadczenia pełnomocników stron na rozprawie).

W dniu 16 stycznia 2015 r. odwołujący wniósł do Prezesa Izby odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na ujawnieniu treści oferty wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, tj.:
1) przystępującego Alcatel, w zakresie zaniechania odtajnienia oferty w części:
   a) załącznik nr 1 — Szczegółowa wycena przedmiotu zamówienia (str. 4 oferty);
   b) załącznik nr 2 — Planowana konfiguracja dostarczonych przez Wykonawcę urządzeń, sprzętu, oprogramowania (str. 5-97 oferty);
2) przystępującego Comp S.A. w Warszawie, w zakresie zaniechania odtajnienia oferty w części:
   a) kolumna nr 3 załącznika nr 1 do oferty — Szczegółowa wycena przedmiotu zamówienia (str. 45-53 oferty);
   b) załącznik nr 2 — Planowana konfiguracja dostarczonych przez wykonawcę urządzeń,

sprzętu, oprogramowania (str. 55-104 oferty).

10

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 20 stycznia 2015 r. wezwał przystępującego Comp do wyjaśnienia przyczyn zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie treści załącznika nr 1 i 2 do oferty. W piśmie tym nałożono na przystępującego Comp obowiązek wyjaśnienia w sposób „przekonywujący i wyczerpujący", na czym polega uznanie zastrzeżonych informacji zawartych odpowiednio w załączniku nr 1 i nr 2 do oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś wyjaśnienie to odpowiadać winno definicji informacji prawnie chronionych na gruncie art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W tym samym dniu pismo o analogicznej treści skierowano do przystępującego Alcatel.

W odpowiedzi na wezwania zamawiającego przystępujący Comp złożył pismo z 22 stycznia 2015 r., w którym podtrzymał zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w kol. 3 załącznika nr 1 i załączniku nr 2 do swej oferty.

Odnosząc się do przyczyn utajnienia ww. dokumentów, przystępujący Comp w pkt III. 2 swego pisma, że *W zastrzeżonej części oferty Wykonawcy (tj.: Załącznik nr 2 - koncepcja techniczna Konsorcjum Comp ujawniająca unikalne zestawienie sprzętu i oprogramowania, Kolumna nr 3 Załącznika nr 1 - wykaz oferowanych Zamawiającemu produktów) zawarte są informacje, które nie są powtórzeniem opisu przedmiotu zamówienia a zawierają istotne, szczegółowe dane o sposobie konkretnej konfiguracji produktów w taki sposób, aby w całości tworzyły nie tylko określone rozwiązanie techniczne spełniające wymogi opisane przez Zamawiającego w SIWZ, ale jednocześnie rozwiązanie, które dato możliwość przedstawienia Konsorcjum Comp atrakcyjnej cenowo oferty w celu uzyskania zamówienia publicznego. Tajemnica przedsiębiorstwa nie obejmuje zatem informacji dotyczących poszczególnych rodzajów urządzeń, oprogramowania etc. jako takich, ale wiedzę, jak poszczególne elementy ze sobą skonfigurować w całość systemu. Nie może budzić wątpliwości, że zastrzeżenie informacji jest dokonane w celu ochrony know how wynikającego z doświadczenia zdobytego min. dzięki inwestycjom w rozwój technologiczny i kapitał ludzki. Informacje te podlegają ochronie zgodnie z prawem*

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący Alcatel złożył pismo z dnia 22 stycznia 2015 r., w którym wyraził zgodę na odtajnienie i ujawnienie załącznika nr 1 i nr 2 do jego oferty.

Zamawiający, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami przystępującego Comp i przystępującego Alcatel skierował do nich pisma datowane na 22 stycznia 2015 r., w których informuje, że po zapoznaniu się w wyjaśnieniami dokonuje odtajnienia zastrzeżonych części ofert.

11

W dniu 26 stycznia 2015 r. zamawiający skierował do Prezesa Izby odpowiedź na odwołanie. W odpowiedzi tej oświadczył m.in., że uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Wskazał, że w pismach, jakie kierował do wykonawców uznał konieczność ujawnienia treści załącznika nr 1 i 2 do ofert wszystkich wykonawców. Oświadczył ponadto, że po rozpoznaniu sprawy przez Izbę zamawiający udostępni wykonawcom do wglądu oferty zgodnie z rozstrzygnięciem Izby.

W dniu 28 stycznia 2015 r. przystępujący Comp złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Wobec wszczęcia postępowania w dniu 18 sierpnia 2014 roku Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zgodnie z art. 3 przywołanej ustawy nowelizującej.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uwzględniła odwołanie, albowiem stwierdziła, że zamawiający dopuścił się takich naruszeń ustawy Pzp, które mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Na wstępie podkreślania wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne wynikająca z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych. Przejawem zasady jawności jest regulacja wynikająca z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a więc co do zasady są one jawne od tego momentu. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że 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 one być udostępniane.

12

Odmowa udostępnienia może nastąpić zatem wyłącznie wtedy, gdy informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59):
1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Istotą tajemnicy przedsiębiorstwa jest też poufność, tj. informacja ta nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, sygn. akt I CKN 304/2000, w którym jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 stwierdzając iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”.

13

Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku przystępującego Comp, przedstawionym w sprzeciwie, odwołanie nie podlegało oddaleniu jako przedwczesne.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.*

Odwołanie w analizowanej sprawie zostało wniesione w dniu 16 stycznia 2015 r. wobec zaniechania dokonania przez zamawiającego w dniu 7 stycznia 2015 r. czynności odtajnienia oferty złożonej przez przystępującego Comp. Oczywistym jest przy tym, że aby uczynić zadość wymaganiom wynikającym z uchwały SN, to jest aby zbadać skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający potrzebował odpowiedniego czasu. Obowiązujące przepisy nie regulują terminu na badanie skuteczności zastrzeżenia, jednakże powinno ono następować bez zbędnej zwłoki, zaś granicznym terminem jest chwila dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie ulegało wątpliwości, że odwołanie zostało wniesione przed dokonaniem przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego odwołujący, wobec przysługującego mu z mocy art. 96 ust. 3 ustawy Pzp prawa wglądu w oferty innych wykonawców, w dniu 30 grudnia 2014 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o dokonanie wglądu m.in. do oferty przystępującego Comp. Jednakże, jak wynika z treści wniosku odwołującego, odwołujący poprosił zamawiającego o umożliwienie wglądu do tej oferty w terminie do 7 stycznia 2015 r. Skoro zatem do zamawiającego wpłynął wniosek o tej treści, to powinien się on do niego odnieść. Zdaniem Izby, jeżeli zamawiający do dnia 7 stycznia 2015 r. nie był w stanie zbadać skuteczności zastrzeżenia, to winien poinformować odwołującego o tym, że oferty nie udostępni w tym terminie z tego powodu, że jeszcze bada skuteczność zastrzeżenia. Brak informacji zwrotnej, przy jednoznacznym brzmieniu wniosku odwołującego, mógł być przez tego ostatniego poczytany jako odmowa odtajnienia oferty przystępującego Comp. Zaniechanie wyjaśnienia przez zamawiającego na piśmie przyczyn odmowy udostępnienia oferty w wyznaczonym terminie nie może obciążać odwołującego. Zdaniem Izby nie musiał się on domyślać powodów nieudostępnienia oferty konkurencyjnego wykonawcy. Powyższe jest o tyle istotne, że termin z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego, którego upływ powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia odwołania. Skutkiem uchybienia terminu jest zaś odrzucenie odwołania spóźnionego na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Biorąc powyższe Izba uznała, że odwołanie wniesione w dniu 16 stycznia 2014 r. nie jest

---

odwołaniem przedwczesnym. Co do oceny analogicznego stanu faktycznego podzielono stanowisko wyrażone uprzednio przez Izbę w wyroku z 26 stycznia 2012 r. sygn. akt: KIO 100/12. *W sytuacji kiedy wykonawca wystąpi z wnioskiem do Zamawiającego o udostępnienie mu w całości oferty danego wykonawcy i Zamawiający poinformuje go o terminie w którym podejmie decyzję, czy zastrzeżenie tajemnicy zostało dokonane prawidłowo, to termin na wniesienie odwołania biegnie dopiero od tego wskazanego terminu. Tym samym termin na wniesienie odwołania od zaniechania odtajnienia zastrzeżonych w ofercie informacji powinien być liczony od momentu uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjęciu przez zamawiającego decyzji odnośnie skuteczności dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający przekazując informacje o odmowie udostępnienia wykonawcom oferty w pełnym zakresie automatycznie uruchamia początek biegu terminu na wniesienie odwołania.*

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołanie nie stało się bezprzedmiotowe wskutek wykonania przez zamawiającego żądań odwołującego po wniesieniu odwołania. Jak wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego, zamawiający po wniesieniu odwołania zwrócił się do przystępującego Comp z prośbą o wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami przystępującego, zamawiający przesłał wyłącznie temu wykonawcy pismo z 22 stycznia 2015 r., w którym informuje go, że zdaniem zamawiającego informacje nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. W końcowej części pisma zamawiający wskazał zaś, że odtajnia kolumnę 3 załącznika nr 1 do oferty i załącznik nr 2 do oferty przystępującego Comp. Taka treść pisma zamawiającego rzeczywiście mogłaby sugerować, że zamawiający dokonał w postępowaniu materialnoprawnej czynności odtajnienia oferty przystępującego Comp w zakresie kwestionowanym przez odwołującego. Jednakże dokonaniu takiej wykładni pisma

zamawiającego stanęła na przeszkodzie treść odpowiedzi na odwołanie z 26 stycznia 2014. W odpowiedzi tej zamawiający wprawdzie uwzględnił odwołanie w całości, wskazując jednak wyraźnie, że oferty przystępującego Comp nie zamierza ujawnić do czasu rozstrzygnięcia Izby w tej sprawie. Stanowisko takie zamawiający przedstawił także na rozprawie.

Zdaniem Izby wykonanie żądań odwołania przed merytorycznym rozpoznaniem sprawy przez Izbę skutkuje koniecznością oddalenia odwołania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp a contrario). Ewentualne naruszenia ustawy Pzp, które na moment wyrokowania zostały usunięte zgodnie z żądaniami odwołującego, nie mogą mieć już wpływu na wynik postępowania. Fakt wykonania żądań odwołującego przed wdaniem się w merytoryczny spór przez Izbą, jako niewątpliwie doniosła okoliczność, powinien być bezsporny i nie może podlegać domysłom czy interpretacjom. Niewątpliwie zaś w analizowanej sprawie istniała konieczność dokonania wykładni sprzecznych oświadczeń zamawiającego. Warto również podkreślić, że w trakcie rozprawy przed Izbą pełnomocnik zamawiającego na pytanie Izby,

jak należy interpretować powołane oświadczenia, podtrzymał stanowisko z odpowiedzi, że zamawiający nie zamierza ujawnić odwołującemu oferty przystępującego Comp przed merytorycznym rozstrzygnięciem Izby. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający – na moment wyrokowania – nie wykonał żądań odwołującego zgodnie z treścią odwołania.

Następnie Izba stwierdziła, że informacje dotyczące nazw urządzeń, nazw producentów i numerów katalogowych podane przez przystępującego Comp w kolumnie 3 załącznika nr 1 do oferty, nie są informacjami „dotyczącymi ceny" w rozumieniu art. 86 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący (a także zamawiający w piśmie z dnia 22 stycznia 2015 r.) wywodził, że nazwy produktów i producenta (kolumna 3 zał. nr 1 do oferty) są informacjami dotyczącymi ceny, gdyż towarzyszą cenom jednostkowym za te produkty (kolejne kolumny zał. nr 1 do oferty) i że w konsekwencji są jawne z mocy samej ustawy. Zdaniem Izby przedstawione stanowisko jest chybione. W trakcie otwarcia ofert, o czym traktuje art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, rzeczywiście podaje się „informacje dotyczące ceny", które pozostają jawne z mocy ustawy. Powyższe sformułowanie nie odnosi się jednak do wszystkich elementów cenotwórczych, występujących obok podanej przez wykonawcę ceny globalnej, ale co najwyżej takich przypadków, gdy cena określana jest poprzez podstawy do jej ustalenia. Przykładowo, w myśl art. 536 KC, cenę można wszak określić poprzez wskazanie podstaw do jej obliczenia. Jednakże z takim przypadkiem nie mamy do czynienia w tej sprawie. A już z pewnością w trakcie otwarcia ofert nie odczytuje się nazw, numerów katalogowych oferowanych urządzeń jak również danych dotyczących producentów.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane przez przystępującego Comp, aby informacje znajdujące się w kolumnie 3 załącznika nr 1 do oferty oraz w załączniku nr 2 do oferty przystępującego Comp stanowiły tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Nie ulegało wątpliwości, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa nie na podmiocie, który powołuje się na zasadę jawności, twierdząc że informacje nie są tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz na podmiocie, który twierdzi, że określone informacje są tajemnicą, a także z powołania się na wyjątek od zasady wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało stwierdzić, ciężar dowodu spoczywał w niniejszej sprawie na przystępującym Comp, który zastrzegł informacje jako tajemnica swego przedsiębiorstwa i który wniósł sprzeciw wobec uwzględniania przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. To zatem przystępujący Comp

obowiązany był w toku postępowania odwoławczego do wykazania, że zastrzeżone informacje:
1) mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że utajnione przez przystępującego Comp nazwy i numery katalogowe urządzeń oraz nazwy producentów tych urządzeń nie mają same przez się waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Są to bowiem urządzenia powszechnie dostępne na rynku, o znanych cechach, których karty katalogowe są udostępniane na stronach internetowych ich producentów. Ponadto urządzenia takie miały odpowiadać wymaganiom zamawiającego określonym w OPZ (załącznik nr 1 do SIWZ). Wreszcie nie są to urządzenia (sprzęt) tworzone od podstaw na potrzeby zamawiającego.

Sporne pomiędzy stronami było to, czy walor tajemnicy przedsiębiorstwa posiadają sposoby połączenia (konfiguracji) urządzeń/sprzętu zaoferowanych przez przystępującego Comp. Skład orzekający Izby w analizowanej sprawie podziela orzecznictwo Izby przywołane w piśmie przystępującego Comp z 22 stycznia 2015 r. i sprzeciwie, zgodnie z którym unikalne sposoby konfiguracji urządzeń (sprzętu) mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynikało z odpowiedzi na pytanie nr 30 z dnia 12 rudnia 2014 r. przedmiotem zamówienia nie jest dostawa określonych urządzeń (sprzętu), ale dostawa systemu (sieci) o określonych cechach, na który składają się urządzenia/sprzęt. Jednakże, zdaniem Izby, przystępujący Comp zarówno w toku postępowania wyjaśniającego przed zamawiającym, ani w toku rozprawy nie tylko nie wykazał, ale nawet nie wyjaśnił, który ze wskazanych w jego koncepcji sposobów połączeń (konfiguracji) ma na tyle nowatorski czy też unikalny charakter, że można by go uznać za informację techniczną, technologiczną czy też inną informację posiadającą wartość gospodarczą, która nie jest znana innym podmiotom. Trudno bowiem uznać, aby każde połączenie (konfiguracja) miało taki charakter. Liczba możliwych sposobów połączeń (konfiguracji) dobranych urządzeń jest skończona. Zaś zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że w kartach katalogowych (instrukcjach obsługi) dobranych przez przystępującego urządzeń /sprzętu opisane są możliwe sposoby konfiguracji z innymi elementami.

Wzięto pod uwagę, że zamawiający w toku postępowania wyjaśniającego wyraźnie wezwał przystępującego Comp do wyjaśnienia w jakim elemencie konfiguracji i dlaczego przystępujący upatruje swej tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej, zamawiający w piśmie tym wyraźnie poprosił o „szczegółowe" wskazanie jakie tajemnice chronione prawem

zawierają załączniki nr 1 i 2. Nadto, w końcowej części pisma zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień „przekonywujących i wyczerpujących".

Zdaniem Izby, przystępujący Comp w przesłanych zamawiającemu wyjaśnieniach z 22 stycznia 2015 r. skupił się na polemizowaniu z treścią odwołania, następnie z treścią wezwania zamawiającego, wreszcie na przytaczaniu orzeczeń Izby. W ocenie Izby, jedyny merytoryczny fragment wyjaśnień odnoszący się do powodów zastrzeżenia znalazł się w pkt III. 2 pisma przystępującego. Dostrzeżenia wymaga, że argumentacja przystępującego Comp ograniczyła się jedynie do kilku niezwykle krótkich, ogólnych i abstrakcyjnych twierdzeń. Przystępujący Comp wskazał jedynie, że zastrzeżone „informacje nie są powtórzeniem OPZ", że zawierają dane „istotne i szczegółowe o sposobie konfiguracji", które dają „możliwość złożenia oferty atrakcyjnej cenowo". Wskazano także, że koncepcja zawiera „wiedzę, jak poszczególne elementy ze sobą skonfigurować". Z przytoczonych wyjaśnień przystępującego Comp nie wynikało zatem żadną miarą, które połączenia (sposoby konfiguracji) połączenia mają charakter nowatorski i unikalny, stanowiący know-how przystępującego i nieznany innym podmiotom. Jeżeli zaś rzeczywiście niektóre połączenia (konfiguracje) mają taki charakter, to niewiadomo dlaczego, gdyż argumentacji na ten temat próżno było szukać w ww. wyjaśnieniach. Również w złożonym do Izby sprzeciwie przystępujący Comp takich informacji nie przedstawił ograniczając się ponownie do kilku ogólnych i abstrakcyjnych oświadczeń (vide pkt 3 a-c, 4 a-b sprzeciwu). Wreszcie argumentacji, a tym bardziej dowodów na jej poparcie, nie przedstawiono także w trakcie rozprawy.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przystępujący miał prawo – jeżeli istotnie jakieś połączenia (konfiguracje) mają charakter nowatorski – do opisania precyzyjnie w szczegółach, na czym polega owa innowacyjność, nieznana innym wykonawcom. Pismo takie zarówno w toku postępowania przez zamawiającym, jak i w toku postępowania odwoławczego mogło być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i przedstawione tak zamawiającemu, jak i Izbie. Jednakże przystępujący Comp takiej aktywności dowodowej zaniechał.

Przy wyrokowaniu wzięto również pod uwagę fakt, że koncepcja, jaką wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą, nie miała mieć charakteru szczegółowego. Jak wynikało ze wzoru załącznika nr 2 do oferty, rolą wykonawcy było przedstawienie koncepcji w 2 punktach. W 1 punkcie wykonawca miał przedstawić w formie graficznej konfigurację urządzeń i sprzętu. Zatem chodziło o pokazanie jak urządzenia zostaną zestawione, aby utworzyć całość systemu. Przy czym jak ma wyglądać system w ogólności i jakie są minimalne wymagania zamawiającego przedstawiono w OPZ, w tym również w formie graficznej. Podkreślenia wymaga bowiem, że jeżeli chodzi o typologię fizyczną rozwiązania

to zamawiający narzucił wykonawcom, że w skład sieci szkieletowej WSS wchodzić mają łącznie 32 węzły. Zamawiane węzły i ich rodzaj opisano w tabeli 1 (s. 22 i 23 OPZ – załącznik nr 1 do SIWZ). Węzły te miały zostać połączone łączami światłowodowymi w sposób określony na rysunku 1 (s. 24 OPZ). Projektowane odległości odcinków światłowodowych zostały przez zamawiającego narzucone w tabeli nr 2 (s. 25-26 OPZ). Jeżeli chodzi o warstwę DWDM, to schemat połączeń zamawiający określił w rysunku nr 3 (s. 30 SIWZ). Dalej zamawiający narzucił wyposażenie węzłów sieci DWDM w interfejsy liniowe i usługowe, określając ich minimalne parametry (tabela 3, s. 31-33 OPZ). Z kolei na rysunkach 4, 5, 6 (s. 34-35 OPZ) zamawiający określił swoje wymagania przedstawiając schematy ideowe węzłów dystrybucyjnych, agregacyjnych i szkieletowego. Jeżeli chodzi o warstwę MPLS, to str. 40 OPZ zamawiający opisał swe wymagania odnośnie wyposażenie węzłów warstwy MPLS, określając minimalne wymagania dotyczące interface'ów (tabela 4). Wreszcie na rys. 7 przedstawiono schemat logiczny zamawianej sieci IP/MPLS.

Natomiast w pkt 2 koncepcji chodziło o to, aby zobrazować dla każdego typu urządzenia, jakie w tym urządzeniu zostaną zainstalowane karty, podzespoły, innymi słowy miało być to graficzne odzwierciedlenie elementów urządzenia.

Zatem jedynie do takich elementów miała ograniczać się składana koncepcja, stanowiąc odpowiedź na minimalne wymagania zamawiającego.

Dostrzeżenia wymagało również to, że zgodnie z postanowieniami SIWZ koncepcja sporządzana przez wykonawców miała mieć jedynie charakter wstępny i nie miała stanowić szczegółowego projektu technicznego. Powyższe również wynikało z postanowień SIWZ. Zgodnie bowiem z § 2 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) dopiero w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca będzie zobowiązany do sporządzenia projektu technicznego wykonawczego, określającego szczegółowo sposób realizacji zamówienia, stanowiącego merytoryczne rozwinięcie konfiguracji przedstawionej w ofercie.

Co warte również podkreślenia, z § 8 ust. 1 lit. a i b wzoru umowy, którego treść przystępujący Comp zaakceptował składając ofertę wynika, że zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek przeniesienia całości autorskich praw majątkowych związanych z wytworzonymi w czasie realizacji umowy dziełami. Obowiązek ten dotyczy także przeniesienia wyłącznych praw do rozpowszechniania, w tym rozporządzenia i korzystania z wszelkich opracowań dokumentacji technicznej, a w szczególności jej adaptacji lub przeróbek. Z powyższego wynika, że wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie musiał godzić się na to, że utraci kontrolę nad swoim ewentualnym know-how. Zatem motywacją przystępującego Comp nie mogła być ochrona tego know-how, skoro i tak informacje te stanowić będą własność zamawiającego. Ponadto będą musiały być ujawnione innym podmiotom, które będą rozbudowywały sieć w przyszłości oraz tym podmiotom, które

będą podłączały się do stworzonej sieci. Powyższe wynikało z narzuconego przez zamawiającego wymogu interoperacyjności. Zgodnie z pkt 2.1.1 OPZ (załącznik nr 1 do SIWZ), system musiał *wykorzystywać ogólnie przyjęte protokoły komunikacyjne, standardy kodowania, języki programowania oraz standardy realizacji interfejsu użytkownika. System musi mieć charakter systemu otwartego, w szczególności charakteryzować się neutralnością technologiczną oraz pozwalać na dalszą rozbudowę systemu bez naruszania warunków gwarancji w zakresie dostarczonych komponentów.*

Gołosłowne pozostały twierdzenia przystępującego Comp przedstawione w sprzeciwie, jakoby koncepcja przedstawiona przez niego w załączniku nr 2 do oferty mogła

być wykorzystana przy w postępowaniach o ofertowaniu udzielenie zamówienia prowadzonych przez bliżej nie wskazanych zamawiających z województw lubelskiego, podlaskiego i świętokrzyskiego. W szczególności nie złożono Izbie dokumentów ani nie przeprowadzonego innego wiarygodnego dowodu, z których wynikałoby, że wymagania techniczne dla sieci budowanych przez zamawiających w tych województwach są zbliżone do wymagań zamawiającego w tym postępowaniu w takim stopniu, że opracowana koncepcja może być powtórnie wykorzystana. Za niewystarczające do wykazania tego faktu uznano lakoniczne oświadczenia producentów niektórych urządzeń, z którymi przystępujący współpracuje i które to oświadczenia zostały przygotowane na potrzeby postępowania odwoławczego (por. oświadczenia Juniper Networks Poland sp. z o.o., ZTE Poland, Hawe S.A. złożone na rozprawie przez przystępującego Comp). Ponadto wartość tych oświadczeń jest analogiczna jak wartość oświadczeń inżyniera – pełnomocnika przystępującego Alcatel. Pełnomocnik ten na rozprawie oświadczył, że uczestniczy w postępowaniach prowadzonych przez zamawiających na terenie województw lubelskiego, świętokrzyskiego i podlaskiego. Stwierdził, że wymagania techniczne formułowane przez te podmioty nie są podobne do przedmiotu zamówienia w analizowanym postępowaniu. Wskazał także, że w powoływanych postępowaniach zamawiający precyzyjnie definiują wymagania odnośnie sprzętu i architektury sieci, a zatem trudno byłby wykorzystać jakiekolwiek informacje z oferty przystępującego Comp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że przywołane w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji potwierdziły się w zebranym w sprawie materiale dowodowym. Jawność postępowania jest naczelną zasadą systemu zamówień publicznych, nie można zatem podchodzić bezkrytycznie do istniejącej na rynku praktyki nadużywania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom możliwości skontrolowania oceny ofert dokonanej przez zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała

zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie złożonej przez przystępującego konsorcjum Comp w zakresie wskazanym w sentencji.

Izba nie rozpoznawała odwołania w części dotyczącej zaniechania odtajnienia oferty złożonej przez przystępującego konsorcjum Alcatel, gdyż odwołujący w trakcie rozprawy cofnął odwołanie w tej części.

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, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: ……..…