Sygn. akt: KIO 2446/15

WYROK
z dnia 24 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Polkomtel sp. z o.o. w Warszawie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w zakresie modeli terminali komórkowych oferowanych przez wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. w Warszawie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa, Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Orange Polska S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Skarbu Państwa, Ministerstwa Spraw Zagranicznych w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Orange Polska S.A. 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 **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 2446/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa, Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup usług telefonii komórkowej wraz z dostawą terminali”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2015 r., nr 2015/S 168-306957.

Wobec zaniechania przez zamawiającego czynności odtajnienia informacji zawartych w ofercie wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”, w zakresie modeli oferowanych aparatów telefonicznych wykonawca Orange Polska S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 9 listopada 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w ofercie przystępującego w zakresie modeli oferowanych aparatów telefonicznych, które ze względu na swoją treść nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia oferty przystępującego w zakresie informacji na temat zaoferowanych telefonów.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że uzyskał wgląd do oferty złożonej przez przystępującego 30 października 2015 r. Wywiódł, że zamawiający nie udostępnił wówczas wykazu terminali mobilnych zaoferowanych przez przystępującego. Również w udostępnionej 6 listopada 2015 r. części protokołu dotyczącej czynności badania i oceny ofert, a także w protokole z otwarcia próbek zamawiający nie wskazał jakie modele aparatów telefonicznych zaoferował przystępujący. Odwołujący argumentował, że aby informacja mogła zostać zastrzeżona na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp musi stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wywiódł, że zamawiane terminale mobilne są to urządzenia standardowe. Zamawiający nie wymagał stworzenia nowych terminali mobilnych na potrzeby przedmiotowego postępowania ani modyfikacji już istniejących terminali. Zamawiający wymagał dostarczenia urządzeń standardowych. Oznacza to, że nazwa producenta, ani model nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego. Nazwa ta jest już w domenie publicznej, a dane techniczne i oznaczenie telefonu nie jest tajne, lecz zostało ujawnione do wiadomości publicznej (informacje na temat telefonów oferowanych przez producenta są dostępne np. na

stronach internetowych). Nawet gdyby nazwa ta stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa, nie byłaby to tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego, lecz tajemnica przedsiębiorstwa producenta urządzeń.

Odwołujący argumentował również, że nie można uznać utajnionych informacji za know-how wykonawcy w zakresie doboru sprzętu. Zamawiający w postępowaniu określił wymagania dotyczące telefonów w taki sposób, że wykonawca mógł zaoferować w każdej z grup tylko jedno urządzenie, opisane przez zamawiającego. Oznacza to, że wykonawcy nie dokonywali wyboru sprzętu, lecz mieli dostarczyć sprzęt wybrany przez zamawiającego już na etapie tworzenia opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wywiódł, że niezależnie od tego, czy przystępujący utajnił dane, czy podjął działania zmierzające do zachowania ich w tajemnicy, ze względu na swój charakter nie podlegają one ochronie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Utajnione bowiem mogą być tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stwierdził, że zastrzeżenie informacji dotyczących modeli telefonów zaoferowanych przez przystępującego miało na celu nie tyle ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jedynie utrudnienie możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej innym wykonawcom, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Polkomtel sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, wezwania zamawiającego skierowane do przystępującego o wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, wyjaśnienia przystępującego stanowiące odpowiedź na ww. wezwania, zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo Blackberry Poland Sp. z o.o. z 24 listopada 2015 r. złożone przez odwołującego, jak

również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron a także uczestnika

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

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

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego 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 wykonawcę, którego ofertę wybrano, utrudnia odwołującemu zweryfikowanie czy oferta ta została prawidłowo zbadana i oceniona przez 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 takim zakresie, w jakim nie mógł skorzystać z nich wcześniej z uwagi na nieudostępnienie mu oferty złożonej przez konkurenta. W konsekwencji może to doprowadzić do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego, zaś oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup usług telefonii komórkowej wraz z dostawą terminali. W pkt 4.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamawiający wskazał, że świadczone *usługi telekomunikacyjne zapewniać mają między innymi: (…) korporacyjną usługę transmisji danych BlackBerry lub równoważną (Zamawiający korzysta z technologii push-mail opartej na rozwiązaniu BlackBerry Enterprise Server 5 oraz 10.* W związku z tym zamawiający poinformował, że *planuje migrację wszystkich użytkowników na nową platformę BlackBerry Enterprise Server 12 wymagana jest wymiana terminali na*

modele zapewniające pełną kompatybilność z posiadanym rozwiązaniem. Jak wynikało z pkt 4.1.4 SIWZ, przedmiotem zamówienia była również *dostawa fabrycznie nowych terminali komórkowych.* Zamawiający wskazał także w pkt 4.1. SIWZ, że *szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ.*

W pkt 10.4. SIWZ zamawiający poinformował wykonawców, że *jeżeli Wykonawca zastrzega, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie mogą być udostępniane:*
a) informacje te należy umieścić w oddzielnej kopercie wewnątrz opakowania oferty, opisanej: "Informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa". Informację o zastrzeżeniu dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa należy podać również w formularzu oferty;
b) Wykonawca ma obowiązek wykazać nie później niż w terminie składania ofert, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pkt 1.1.1. Załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) zamawiający wskazał, że świadczone *usługi telekomunikacyjne zapewniać mają między innymi: korporacyjną usługę transmisji danych BlackBerry lub równoważną (Zamawiający korzysta z technologii push-mail opartej na rozwiązaniu BlackBerry Enterprise Server 5 oraz 10. W*

związku z tym, że *Zamawiający planuje migrację wszystkich użytkowników na nową platformę BlackBerry Enterprise Server 12 wymagana jest wymiana terminali na modele zapewniające pełną kompatybilność z posiadanym rozwiązaniem.* W pkt 6 załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający opisał swe wymagania wobec zamawianych terminali komórkowych. Zastrzegł, że wymaga dostawy *650 sztuk fabrycznie nowych terminali BlackBerry.* Opisał, że *wymaga, aby zaoferowane terminale były wprowadzone na rynek nie wcześniej niż 12 miesięcy przed terminem składania ofert.* Zgodnie z tym samym postanowieniem wykonawca miał zapewnić, że *dostarczone terminale BlackBerry lub równoważne (umożliwiające wdrożenie rozwiązania opisanego w punkcie 1.1.1 powyżej) będą posiadały najnowsze oprogramowanie dostępne dla danego modelu na pięć dni poprzedzających ustaloną datę dostawy urządzeń do siedziby Zamawiającego.*

Jak wynikało że wzoru załącznika nr 3 do SIWZ – wzoru formularza ofertowego - zamawiający wymagał podania przez wykonawców w formularzy ofertowym informacji odnośnie producenta, nazwy i modelu oferowanych terminali komórkowych.

Na podstawie pkt 9 protokołu postępowania ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły m.in. oferty przystępującego i zamawiającego.

Ustalono również, że przystępujący podał w pkt 3 formularza ofertowego informacje na temat producenta, nazwy i modeli oferowanych terminali komórkowych (s. 2 oferty). Załączył do formularza oświadczenie, w którym informuje, że działając na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż wymienione na strona 2 pkt 3 oferty terminale komórkowe *stanowią*

---

tajemnicę przedsiębiorstwa, z punktu widzenia Polkomtel sp. z o.o. posiadają wartość gospodarczą, a ich rozpowszechnianie może zagrażać konkurencyjnej pozycji spółki jako przedsiębiorstwa funkcjonującego w danym segmencie rynku. Wszystkie zaproponowane w ofercie Polkomtel terminale nie są dostępne w regularnej sprzedaży dla klientów. Zostały specjalnie zamówione na potrzeby postępowania przetargowego dla MSZ. Ujawnienie producenta terminali jest wartością, która wg Polkomtel daje przewagę konkurencyjną i w związku z tym istnieje uzasadnienie zastrzeżenia tej informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa (s.2a oferty przystępującego).

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z dnia 15 października 2015 r. wezwał przystępującego do wyjaśnienia przyczyn zastrzeżenia informacji ze str. 2 oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazał, że fakt zastrzeżenia tych informacji jak i podane uzasadnienie budzą wątpliwości zamawiającego. W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 21 października 2015 r., w którym odnosił się do treści wezwania. Treść ww. pisma przystępujący zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa. Ustalono także, że zamawiający pismem z 27 października 2015 r. ponownie wezwał przystępującego do wyjaśnienia przyczyn zastrzeżenia informacji ze str. 2 jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 28 października 2015 r., w którym odnosił się do treści wezwania. Treść ww. pisma przystępujący również zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa.

W dalszej kolejności ustalono, że 30 października 2015 r., w trakcie wglądu odwołującego do treści oferty przystępującego, zamawiający nie udostępnił odwołującemu części oferty przystępującego obejmującej informacje co do wykazu terminali mobilnych zaoferowanych przez tego wykonawcę.

Na podstawie pisma – rozstrzygnięcia zamawiającego z 4 listopada 2015 r. - ustalono także, że 4 listopada 2015 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego.

6 listopada 2015 r., zamawiający nie udostępnił odwołującemu części protokołu dotyczącej czynności badania i oceny ofert, a także protokołu z otwarcia próbek oferowanych terminali komórkowych oraz części oferty przystępującego obejmującej informacje co do wykazu terminali mobilnych zaoferowanych przez tego wykonawcę.

Odwołujący złożył w trakcie posiedzenia Izby pismo firmy BlackBerry Poland sp. z o.o. z 24 listopada 2015 r. W piśmie tym ww. podmiot oświadcza, że nie przygotowywał w ostatnim czasie dla swoich klientów na terenie Polski specjalnych, niestandardowych urządzeń.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia informacji znajdujących się w ofercie przystępującego w zakresie modeli oferowanych terminali komórkowych, gdyż nie zostało wykazane, aby ww. informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

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

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto w znowelizowanym przepisie nałożono na wykonawców obowiązek udowodnienia zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert. W konsekwencji zamawiający winien ustalić, czy wykazanie nastąpiło w momencie składania zastrzeganej informacji, w tym przypadku czy nastąpiło to w ofercie. Należało zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że termin ustawowy nie wyklucza możliwości skierowania do wykonawcy wyjaśnień w tym zakresie. Jednakże wyjaśnienia mogą dotyczyć wyłącznie elementów, które znalazły się w ofercie. Instytucja wyjaśnień może służyć jedynie usunięciu wątpliwości zamawiającego co do wyjaśnień i dowodów składanych wraz z ofertą. Z uwagi na termin zakreślony w ustawie niedopuszczalne jest uzupełnianie oferty o elementy, których próżno było szukać w

uzasadnieniu znajdującym się w ofercie. Na konieczność udowodnienia skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie nie później niż w dacie upływu terminu składania ofert zwrócił również uwagę sam zamawiający w pkt 10.4. b SIWZ.

Zdaniem Izby nadzwyczaj lakoniczne uzasadnienie zastrzeżenia poczynione przez przystępującego nie stanowiło dowodu na to, że zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

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.

Izba dokonała analizy uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, jakie przystępujący załączył do swej oferty. Wzięto pod uwagę, że całość

uzasadnienia liczyła zaledwie trzy zdania. Jeżeli chodzi o drugą przesłankę definicji ustawowej to przystępujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie oświadczył zamawiającemu, że zastrzegana informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw do ustalenia, że informacja ta nie jest publicznie dostępna. Analogiczna sytuacja dotyczyła trzeciej przesłanki. W swym uzasadnieniu przystępujący nie tylko nie przedstawił dowodu, ale nawet nie twierdził, że podjął jakiekolwiek działania w celu zachowania poufności. Nie wiadomo zatem jaki krąg osób posiada dostęp do spornych informacji, a także czy, a jeżeli tak to jakie, działania przystępujący podjął, aby tę poufność zachować. Nie wiadomo czy u przystępującego obowiązują jakiekolwiek systemy ochrony informacji odnoszące się np. do sposobu obiegu dokumentów, sposobu postępowania z informacjami niejawnymi itp. Przystępujący w uzasadnieniu złożonym wraz z ofertą nie dał zamawiającemu jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że informacje nie stały ujawnione do wiadomości publicznej ani że podejmował jakiekolwiek działania, aby tę poufność zachować. W konsekwencji zamawiający nie miał podstaw aby poprzez instytucję wezwania do wyjaśnień de facto uzupełniać ofertę o informacje, których w uzasadnieniu całkowicie zabrakło.

Jedyny argument, jaki przystępujący przywołał w uzasadnieniu zastrzeżenia złożonym wraz z ofertą, odnosił się do pierwszej przesłanki definicji ustawowej. Odnosząc się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przystępujący oświadczył jedynie, że oferowane terminale nie są dostępne w regularnej sprzedaży i zostały specjalnie zamówione na potrzeby postępowania przetargowego oraz że ujawnienie producenta terminali jest wartością, która daje mu przewagę konkurencyjną. Izba wzięła pod uwagę, że stanowisko przystępującego w analizowanym zakresie pozbawione było jakichkolwiek szczegółów i sprowadzało się de facto do jednego zdania. Nie wiadomo było zatem na czym miało polegać rzekome specjalne przystosowanie terminali do potrzeb zamawiającego. Twierdzenie to nie zostało również poparte jakimikolwiek dowodami. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przystępujący miał prawo – jeżeli istotnie oferowane terminale będą przystosowane do potrzeb zamawiającego – do opisania precyzyjnie w szczegółach, na czym polega owo przystosowanie, nieznane innym wykonawcom. Uzasadnienie takie mogło być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i przedstawione zamawiającemu. Jednakże przystępujący takiej aktywności dowodowej zaniechał.

Wykazania podnoszonej okoliczności faktycznej próżno było szukać także w złożonych wyjaśnieniach, pomimo że zamawiający wyraźnie wzywał do pogłębienia argumentacji zasygnalizowanej w uzasadnieniu złożonym wraz z ofertą. W wyjaśnieniach z 21 października 2015 r. przystępujący de facto jedynie powtórzył swą tezę, że terminale nie są dostępne w regularnej sprzedaży i że zostały zamówione na potrzeby MSZ. Również w wyjaśnieniach z 28 października 2015 r. przystępujący tej myśli nie rozwinął, nie mówiąc o

wykazaniu. Zatem sygnalizowanej w uzasadnieniu myśli przystępujący nie tylko nie

udowodnił, ale nawet nie rozwinął również w złożonych wyjaśnieniach. W konsekwencji pomimo uzasadnienia zamieszczonego w ofercie i złożonych wyjaśnień w dalszym ciągu nie wiadomo, dlaczego ujawnienie danych na temat producenta czy modeli oferowanych terminali jest wartością która daje przystępującemu przewagę konkurencyjną. Nie wiadomo jaką wartość gospodarczą informacja przedstawia dla przystępującego, przykładowo czy producent stosuje wobec niego jakąś szczególną politykę cenową, a jeżeli tak, to jaką.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazała zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w zakresie modeli terminali komórkowych oferowanych przez przystępującego. Stwierdzono bowiem, że przystępujący nie sprostał ciężarowi udowodnienia w terminie składania ofert, że zastrzegane w ofercie informacje odnośnie producenta i modeli oferowanych terminali komórkowych stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Izba, nie będąc związana żądaniami odwołania, nakazała zamawiającemu nie tylko odtajnienie spornego fragmentu oferty przystępującego, ale i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wzięto pod uwagę, że badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy musi odbywać się w toku czynności badania i oceny ofert, czyli na etapie poprzedzającym wybór oferty najkorzystniejszej.

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.* Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia oferty przystępującego w zakresie modeli oferowanych terminali komórkowych może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jak tajemnica przedsiębiorstwa doprowadziło do konieczności nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi innym wykonawcom skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogli skorzystać z nich wcześniej z uwagi na nieudostępnienie im oferty złożonej przez przystępującego. W konsekwencji może to doprowadzić do skutecznego zakwestionowania oferty złożonej przez wykonawcę wybranego i oferta innego wykonawcy, w tym również odwołującego, może być uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Tym samym wynik postępowania może jeszcze ulec zmianie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter

merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w zakresie modeli terminali komórkowych oferowanych przez przystępującego.

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

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w

piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje *w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Ponieważ odwołanie okazało się zasadne w całości, kosztami postępowania odwoławczego należało obciążyć w całości zamawiającego, jako tę stronę, która całkowicie odpowiadała za wynik postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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: ……..…