Sygn. akt KIO 2793/10

WYROK
z dnia 12 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **27 grudnia 2010 r.** przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm w składzie: EuroSoft Sp. z o.o., NetLine Group Sp. z o.o., z adresem lidera konsorcjum: ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Global Services Sp. z o.o., ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje odtajnienie następujących dokumentów wykonawcy Global Services Sp. z o.o., ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice: formularza cenowego, specyfikacji technicznej sprzętu, specyfikacji technicznej oprogramowania.**

---

2. kosztami postępowania obciąża **Global Services Sp. z o.o., ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice** i nakazuje:

   1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm w składzie: EuroSoft Sp. z o.o., NetLine Group Sp. z o.o., z adresem lidera konsorcjum: ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

   2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Global Services Sp. z o.o., ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm w składzie: EuroSoft Sp. z o.o., NetLine Group Sp. z o.o., z adresem lidera konsorcjum: ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

   3) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Global Services Sp. z o.o., ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice** na rzecz **Skarbu Państwa - Narodowego Funduszu Zdrowia Centrala, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:
……

KIO 2793/10

UZASADNIENIE

Zamawiający Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „wdrożenie systemu dodatkowej weryfikacji świadczeń zdrowotnych (SDWSZ) oraz sprawowanie usług konserwacji, nadzoru autorskiego oraz rozwoju systemu".

W dniu 22 grudnia 2010 r. komisja przetargowa powołana do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Global Services Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach postanowiła nie odtajniać dokumentów zastrzeżonych w ofercie przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wobec nie odtajnienia przez zamawiającego informacji zastrzeżonych przez Global Services Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, jako tajemnica przedsiębiorstwa, pismem z dnia 27 grudnia 2010 r. odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: EuroSoft Sp. z o. o.(lider konsorcjum) oraz NetLine Sp. z o. o. (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Warszawie dalej „konsorcjum EuroSoft" zarzucając zamawiającemu:

1) „naruszenie art. 8 ust. 3 pzp, poprzez błędną interpretację zapisów art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej u.z.n.k. i w konsekwencji odmowę udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonego elementu oferty Wykonawcy - Global Services Sp. z o.o. tj.: „Formularza cenowego" (wersji uzupełnionej o szczegółową specyfikację sprzętu i oprogramowania),
2) naruszenie art. 8 ust. 3 pzp, poprzez błędną interpretację zapisów art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej u.z.n.k. i w konsekwencji odmowę udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonego elementu oferty Wykonawcy - Global Services Sp. z o.o. tj.: „Specyfikacji technicznej sprzętu",
3) naruszenie art. 8 ust. 3 pzp, poprzez błędną interpretację zapisów art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej u.z.n.k. i w konsekwencji odmowę udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonego elementu oferty Wykonawcy - Global Services Sp. z o.o. tj.: „Specyfikacji technicznej oprogramowania",
4) naruszenie przepisu art. 7 pzp, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez ograniczenie możliwości weryfikowania poprawności oferty Wykonawcy -Global Services Sp. z o. o."

Odwołujący wnosił o:

1) „nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonego elementu oferty Wykonawcy - Global Services Sp. z o.o., tj.: „Formularza cenowego" (wersji uzupełnionej o szczegółową specyfikację sprzętu i oprogramowania), który nie spełnia przesłanek kwalifikujących go jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
2) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonego elementu oferty Wykonawcy - Global Services Sp. z o. o., tj.: „Specyfikacji technicznej sprzętu", który nie spełnia przesłanek kwalifikujących go jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
3) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonego elementu oferty Wykonawcy - Global Services Sp. z o.o., tj.: „Specyfikacji technicznej oprogramowania", który nie spełnia przesłanek kwalifikujących go jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego jest wdrożenie gotowego produktu a nie zaprojektowanie rozwiązania. Podnosił, iż opis przedmiotu zamówienia nie budził wątpliwości w zakresie wymagań technicznych, a wykonawca jako profesjonalista odpowiadając na te wymagania zobowiązany był jedynie podać urządzenie, które spełnia te wymagania i które są powszechnie dostępne. Odwołujący wskazywał, iż kwestionowanie, że inni wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe

zamówienie mogą mieć problem z dopasowaniem odpowiednich urządzeń nie może być uznany za tajemnicę o charakterze technicznym i stanowiącą podstawę do zastrzeżenia jej jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie jest to również informacja o charakterze

W zakresie organizacyjnym. utajnienia Specyfikacji Technicznej Oprogramowania odwołujący wskazywał, iż przedstawienie gotowych komponentów oprogramowania nie można uznać za informację techniczną i tym bardziej organizacyjną. Odwołujący podnosił, iż podobnie jak przy doborze sprzętu należało wskazać produkty spełniające wymagania minimalne, precyzyjnie określone przez zamawiającego w SIWZ. Mając na uwadze przedmiot zamówienia brak jest podstaw do uznania, że profesjonalne podejście do przygotowania oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazywał, że zaoferowane gotowe produkty nie powstają na potrzeby przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne i tym samym nie stanowią „know-how" wykonawcy. Ponadto poszczególne elementy zarówno w sensie technicznym jak i technologicznym są rozwiązaniami znanymi i dostępnymi na rynku. Odwołujący podnosił, iż zamawiający w przypadku bezpodstawnego zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa powinien tę ofertę w zakresie, w którym zastrzeżenie to przekracza walor tajemnicy przedsiębiorstwa zbadać i odtajnić, a nie opierać się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „wdrożenie systemu dodatkowej weryfikacji świadczeń zdrowotnych (SDWSZ) oraz sprawowanie usług konserwacji, nadzoru autorskiego oraz rozwoju systemu".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 157-243197 w dniu 14 sierpnia 2010 r.

W dniu 25 listopada 2010 r. zamawiający przekazał wykonawcom treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia uwzględniającą wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2340/10.

Do upływu termu składania ofert swoje oferty złożyło 2 wykonawców:

1) Global Services Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz
2) Konsorcjum: EuroSoft Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i NetLine Group Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu.

Wykonawca Global Services Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach składając ofertę zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa: formularz cenowy (w wersji uzupełnionej o szczegółową specyfikę sprzętu i oprogramowania); specyfikację techniczną sprzętu; specyfikację techniczną oprogramowania.

Pismem z dnia 21 grudnia 2010 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Global Services Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach o złożenie wyjaśnień i przedłożenia dowodów, z których wynikałoby, że informacje czy dokumenty, które były wymagane przez zamawiającego muszą zostać utajnione.

W odpowiedzi wykonawca ten wyjaśnił, iż:

„(…) Potraktowanie przez nas „Specyfikacji technicznej sprzętu" jako tajemnicy przedsiębiorstwa wynikało z zakresu prac jakie musieliśmy wykonać w celu dobrania sprzętu spełniającego wszystkie wymogi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ponieważ z naszych analiz i ocen wynikało, iż naszym zdaniem istnieje jedynie jeden konkretny typ sprzętu – zaoferowany w naszej ofercie – spełniający jednocześnie wszystkie wymagania SIWZ w tym zakresie, uznaliśmy tę wiedze, jako istotną informacje o charakterze technicznym i organizacyjnym, której ujawnienie mogło nas narazić na nieuczciwą konkurencję, nie podaliśmy wiedzy w tym zakresie do publicznej wiadomości, wykazaliśmy wolę zachowania jej w poufności oraz pojęliśmy wszelkie niezbędne starania w celu zachowania tej informacji w poufności. Podkreślamy, iż jako tajemnicę przedsiębiorstwa traktujemy wiedzę o spełnianiu wymagań SIWZ przez ten konkretny typ sprzętu, jaki został zawarty w naszej ofercie. Faktu traktowania przez nas tej informacji, jako tajnej nie zmienia

---

sytuacja, iż być może ktoś inny jeszcze zdołał zidentyfikować podobnie jak my, że ten

właśnie typ sprzętu (naszym zdaniem, jako jedyny typ dostępny na rynku) spełnia wymagania SIWZ".
W zakresie utajnienia specyfikacji technicznej oprogramowania wyjaśnił, iż:
„(…) Potraktowanie przez nas „specyfikacji technicznej oprogramowania", jako tajemnicy przedsiębiorstwa wynikało z naszej autorskiej koncepcji doboru produktów oraz mechanizmów integracji tak dobranych produktów w zestaw spełniający wymagania SIWZ. Wymagało to użycia wiedzy oraz kreatywności wykraczającej poza standardową analizę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i podjęliśmy decyzję, iż taki dobór produktów – jako wynik z tej kreatywności traktować będziemy jako istotną informację o charakterze technicznym i organizacyjnym. Pragniemy również zwrócić uwagę, iż wiedza ta stanowi wartość gospodarczą wykonawcy, której ujawnienie mogłoby nas narazić na nieuczciwą konkurencję, nie podaliśmy tej wiedzy do publicznej wiadomości, wykazaliśmy wolę zachowania jej w poufności oraz podjęliśmy wszelkie niezbędne starania w celu zachowania tej informacji w poufności". W zakresie utajnienia formularza cenowego wyjaśnił, iż „(…) Z uwagi na zawarcie w „formularzu cenowym" tych samych informacji, które następnie rozwinięte są w „specyfikacjach", utajnienie pełnej wersji „formularza cenowego" musiało być prostą konsekwencją zamiaru utajnienia „Specyfikacji technicznej sprzętu" oraz „Specyfikacji technicznej oprogramowania".

Dokonując oceny złożonych wyjaśnień zamawiający w dniu 22 grudnia 2010 r., postanowił nie odtajniać dokumentów zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Global Services Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach.

W dniu 22 grudnia 2010 r. przedstawiciel wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: EuroSoft Sp. z o. o.(lider konsorcjum) oraz NetLine Sp. z o. o. (członek konsorcjum) zgłosił się do zamawiającego celem udostępnienia dokumentacji postępowania w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający udostępnił dokumentację postępowania za wyjątkiem informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Czynność ta leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 27 grudnia 2010 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 30 grudnia 2010 r. zgłosił wykonawca Global Services Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach. Izba stwierdziła, iż wykonawca ten wypełnił przesłanki określone w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. i stał się uczestnikiem postępowania.

Ponadto Izba ustaliła, iż w dniu 10 stycznia 2011 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w całości uwzględniając zarzuty podniesione w odwołaniu.

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów zgłoszonych w odwołaniu uczestnik postępowania Global Services Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, który skutecznie przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2010 r. wniósł sprzeciw.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności, treść dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, treść złożonych wyjaśnień, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p gdyż nieodtajnienie zastrzeżonych elementów przystępującego uniemożliwia zweryfikowanie poprawności jego oferty. Odwołujący korzystając z zasady jawności ma prawo do złożenia wniosku o udostępnienie dokumentacji postępowania a odmowa dostępu do oferty czy jej części powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia. Należy również wskazać, iż niezakwestionowanie powyższych czynności spowodowałobym iż

podnoszenie zarzutów zgłoszonych w odwołaniu po wyborze oferty najkorzystniejszej byłoby działaniem spóźnionym.

W zakresie naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy pz.p. Izba uznała zarzut ten za w pełni zasadny. Należy zauważyć, iż w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) ustawodawca zawarł legalną definicję „tajemnicy przedsiębiorstwa" warunkując iż za taką może być uznana informacja spełniająca łącznie trzy warunki:

1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Izby zastrzeżone przez przystępującego informacje nie spełniają żadnej z ustawowych przesłanek, aby można było mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa. W rzeczywistości przystępujący zastrzegł w swojej ofercie informacje w postaci nazw

handlowych, znaków towarowych, symboli, oznaczeń sprzętu, oprogramowania ich kolejnych wersji, które są ogólnie dostępne i znane na rynku. Zdaniem Izby informacji takich nie sposób uznać za informacje o charakterze technicznym, technologicznym, handlowym czy też organizacyjnym. Nie sposób również podzielić stanowiska przystępującego, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana wiedza o spełnianiu wymogów SIWZ. Izba wskazuje, iż informacje opracowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez zamawiającego w SIWZ a więc jawne, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. 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 utajnione informacje na ich temat nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba nie znajduje również uzasadnienia dla stwierdzenia, iż zastrzeżone przez przystępującego informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Należy wskazać, iż nie ma cech tajemnicy informacja, o której można się dowiedzieć z dostępnych źródeł co mam miejsce w tym przypadku gdyż wiadomości dotyczące producenta, modelu, typu, wersji oferowanego sprzętu i oprogramowania są ogólnie dostępne chociażby na stornach internetowych. W ocenie Izby zebrany materiał dowodowy nie pozwala również stwierdzić iż przystępujący podjął jakieś dodatkowe kroki poza zastrzeżeniem wskazanych dokumentów jako poufnych w ofercie, w celu ochrony informacji przed dostępem osób trzecich. Należy wskazać, iż zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji, jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie może mieć na celu jedynie uniemożliwienie zapoznania się z ofertą w czasie trwania postępowania. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem przystępującego, że nawet jeśli informacja zastrzeżona początkowo w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa zostanie ujawniona jako załącznik do umowy to i tak przez okres do podpisania umowy przystępującemu przysługuje uprawnienie do ochrony tajemnicy swojego przedsiębiorstwa. Dana informacja jest albo nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa niezależnie od prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba stoi na stanowisku, iż zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców. Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób również uznać informacji zawartych w formularzu cenowym. Dokument ten nie zawiera, żadnych szczegółowych kosztów a jedynie ceny poszczególnych sprzętów, oprogramowania ogólnie dostępnych na rynku.

Takie stanowisko Izby potwierdza również zasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy p.z.p. oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie

do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

……