**Sygn. akt KIO 1172/11**

**WYROK**
**z dnia 20 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak - śuraw**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 czerwca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konwerga Sp. z o.o. (pełnomocnik), Wasko S.A., ul. Gdyńska 31/33 lokal 321,** od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań,**

przy udziale:

A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm: TRECOM Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna (dawniej TRECOM sp. z o.o.) (pełnomocnik), VERAX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Mokotowska 4/6, 00-641 Warszawa,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: COMP S.A. (pełnomocnik), Asercom Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odtajnienie informacji zawartych w załączniku - Specyfikacja techniczna dostarczanych i urządzeń oraz do instalowanych oprogramowania załączonym oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: TRECOM Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna (dawniej TRECOM sp. z o.o.) (pełnomocnik), VERAX**



---

**SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Mokotowska 4/6, 00-641 Warszawa, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań** i:

2.1. zalicza 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: Konwerga Sp. z o.o. (pełnomocnik), Wasko S.A., ul. Gdyńska 31/33 lokal 321,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miasta Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań,** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konwerga Sp. z o.o. (pełnomocnik), Wasko S.A., ul. Gdyńska 31/33 lokal 321,** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. 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 1172/11**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Instalacja i uruchomienie systemu bezprzewodowej komunikacji szerokopasmowej, w tym dostępu do Internetu". Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 kwietnia 2011 r. pod nr 2011/S 69-112036.

W dniu 3 czerwca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konwerga Sp. z o.o. (pełnomocnik), 61-016 Poznań, ul. Gdyńska 31/33 l.321, WASKO S.A., 44 -100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6 od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w niniejszym postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od zaniechania udostępnienia (odtajnienia) przez zamawiającego pełnej treści oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRECOM Sp. z o.o. (obecnie TRECOM Management Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna) (pełnomocnik), ul. Mokotowska 4/6, 00-641 Warszawa, VERAX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Pamiątkowa 2, 61-512 Poznań (dalej „Konsorcjum TRECOM-VERAX)", tj. zaniechania udostępnienia treści dokumentu: Specyfikacja techniczna dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania - sporządzona zgodnie z załącznikiem nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ").

Odwołujący wskazywał, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i uruchomienie systemu bezprzewodowej komunikacji szerokopasmowej, w tym dostępu do Internetu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został w załącznikach nr 7, 9, 11 do SIWZ.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący stawiał zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie udostępnienia (odtajnienia) pełnej treści oferty Konsorcjum TRECOM-VERAX, tj. brak udostępnienia odwołującemu treści Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania - sporządzonej zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ,



znajdującej się w ofercie Konsorcjum TRECOM-VERAX, pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu udostępnienia (odtajnienia) pełnej treści oferty wykonawcy Konsorcjum TRECOM-VERAX, tj. udostępnienia odwołującemu treści Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania - sporządzonej zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ, złożonej w ofercie Konsorcjum TRECOM-VERAX.

Odwołujący wskazywał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył ofertę i ubiega się o udzielenie zamówienia. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp i ujawnił (odtajnił) treść oferty Konsorcjum TRECOM-VERAX, odwołujący miałby możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty Konsorcjum TRECOM-VERAX z treścią SIWZ oraz ustawą Pzp. Brak udostępnienia przez zamawiającego Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania - sporządzonej zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ, złożonej w ofercie Konsorcjum TRECOM-VERAX, uniemożliwia odwołującemu ewentualne podnoszenie zarzutów w stosunku do treści tego dokumentu na

późniejszym etapie postępowania przetargowego, co w konsekwencji może doprowadzić do poniesienia szkody po stronie odwołującego. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż w dniu 25 maja 2011 r. przedstawiciel odwołującego zapoznał się w siedzibie zamawiającego z ofertami złożonymi w postępowaniu, w tym z ofertą złożoną przez Konsorcjum TRECOM-VERAX. W trakcie dokonywania wglądu do dokumentacji postępowania zamawiający nie udostępnił jednak odwołującemu pełnej treści oferty konkurencyjnej, odmawiając zapoznania się z treścią dokumentu Specyfikacja techniczna dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania znajdującej się w ofercie Konsorcjum TRECOM-VERAX. W ocenie odwołującego nie budzi najmniejszych wątpliwości, że nawet jeśli ww. dokument został złożony w ofercie Konsorcjum TRECOM-VERAX, to w żadnym wypadku jego treści nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym jego zastrzeżenie przez Konsorcjum TRECOM-VERAX jest bezpodstawne.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp



stanowi natomiast, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z paragrafem drugim powołanego przepisu zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jeden z takich przypadków wskazany został w ustępie trzecim powołanego przepisu, zgodnie z którym 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. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) (dalej „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji"), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie odwołującego dokument zastrzeżony przez Konsorcjum TRECOM-VERAX nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) zamawiający winien go odtajnić i udostępnić odwołującemu, czego jednak nie uczynił. Takie działanie zamawiającego w jaskrawy sposób narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Odwołujący zwracał uwagę, iż zgodnie z zapisami SIWZ przedmiotowy dokument zawiera informacje o oferowanym przez danego wykonawcę przedmiocie zamówienia. W ocenie odwołującego nie budzi wątpliwości, że informacje na temat nazwy i typu oferowanego urządzenia oraz oprogramowania, nazwa producenta, opis czy ilość sztuk sprzętu/oprogramowania nie są informacjami, które mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje te były składane wraz z ofertą, aby potwierdzić zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Nie sposób zatem uznać, że informacje na temat tego, jakie produkty i jakich producentów posiadają parametry określone i wymagane przez zamawiającego, są nieujawnionymi do wiadomości publicznej. Informacje te nie są również informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą, gdyż nie obrazują żadnych sposobów wytwarzania, wzorów i metod działania wykonawcy. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie są również informacje na temat parametrów urządzeń będących przedmiotem zamówienia, gdyż po pierwsze parametry te muszą być zgodne z parametrami

podanymi szczegółowo przez zamawiającego w SIWZ, po drugie - o parametrach produkowanych urządzeń ich producenci informują szeroko i na różne sposoby, np. zamieszczając informacje na ich temat na własnych stronach internetowych, w publikacjach branżowych czy uczestnicząc w targach i konferencjach.

Odwołujący podkreślał również, że zgodnie z pkt XIV SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert są „Elementy funkcjonalno-użytkowe", o wadze 40%. Informacje zawarte przez danego wykonawcę w treści Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania (zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ) będą stanowić także podstawę do dokonania przez zamawiającego oceny w tym kryterium. Zatem brak możliwości zapoznania się przez odwołującego z utajnionym dokumentem nie tylko nie pozwoli na weryfikację zgodności treści oferty Konsorcjum TRECOM-VERAX z treścią SIWZ, ale również uniemożliwi sprawdzenie zasadności i prawidłowości punktacji przyznanej przez zamawiającego w tym kryterium. Takie działanie stanowi naruszenie zasad jawności postępowania i utrudnia odwołującemu uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Odwołujący podnosił również, że zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Jeżeli zatem dany wykonawca uzyska niniejsze zamówienie publiczne, nie sposób czynić tajemnicy z informacji, jaki przedmiot zamówienia i o jakich parametrach zostanie dostarczony do jednostki publicznej i będzie następnie użytkowany po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podnosił, iż kwestie zastrzegania jako tajemnicę przedsiębiorstwa wszelkiego rodzajów opisów technicznych mających potwierdzać zgodność z wymaganiami SIWZ były rozstrzygane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołujący wskazywał np. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2011r., sygn. akt KIO 2817/10, w którym Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie dokumentu pn. „Formularz opisu oferowanego przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia", w treści którego wykonawca zobowiązany był podać nazwy producenta, modelu oraz typu oferowanego urządzenia, Lp, nazwę komponentu, a w szczególności oferowane parametry techniczne. Ponadto w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2011 roku, sygn. akt. KIO/399/11 Izba orzekła: „Zdaniem *Izby znajdujące się w części zastrzeżonej oferty Przystępującego informacje nie mieszczą się w powyższej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności karty charakterystyki produktów nie można uznać za dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jako, że informacje tam zawarte zostały skierowane przez producentów do szerokiego grona odbiorców. Dokumenty te, jako ujawnione do wiadomości publicznej, nie spełniają wskazanego w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, warunku do uznania informacji w nich zawartych za tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) Należy również*



*zauważyć, iż dokonana klasyfikacja dokumentów pod kątem ich jawności musi również zapewniać zachowanie równości i konkurencyjności ocenianych ofert."* W wyroku z dnia 12 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2793/10, Izba uznała: *„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 jeszcze innym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO 2389/10, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała odtajnienie części oferty, niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, a dotyczących m.in. specyfikacji parametrów technicznych oraz opisu oferowanego sprzętu. Wreszcie w wyroku KIO z dnia 14 stycznia 2011 roku, sygn. akt KIO 2817/10 Izba nakazała odtajnienie niesłusznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofertach, a dotyczących opisu oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia, którego wzór stanowi załącznik nr 2A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wskazanych w SIWZ certyfikatów, oświadczeń i innych dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi/dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W związku z powyższym, wniesienie odwołania, zdaniem odwołującego, stało się konieczne.

Odwołanie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu uprawnionego do samodzielnego działania w imieniu Konwerga sp. z o.o. – pełnomocnika odwołującego się konsorcjum, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 maja 2011 r. udzielonego

przez spółkę WASKO S.A. – partnera konsorcjum, w imieniu której pełnomocnictwo podpisane zostało przez dwóch członków zarządu uprawnionych do reprezentacji łącznej. Kopia odwołania przekazana została zamawiającemu w dniu 3 czerwca 2011 r.

W dniu 6 czerwca 2011 r. zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

W dniu 9 czerwca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Konsorcjum TRECOM-VERAX w części dotyczącej zarzutów co do utajnienia oferty Konsorcjum TRECOM-VERAX. Wskazując na interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego podnoszono, iż w przypadku uwzględnienia żądania odwołania zgłaszający przystąpienie byłby (lub mógłby być) pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a jego oferta jest ważna i najkorzystniejsza w postępowaniu. Zgłoszenie przystąpienia podpisane zostało przez członka zarządu Trecom sp. z o.o. uprawnionego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia działającego oparciu o postanowienia umowy konsorcjum z dnia 11 maja 2011 r. dotyczącej wspólnego ubiegania



się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W ocenie zgłaszającego przystąpienie ma on prawo zastrzec, zgodnie z art. 8 ustawy Pzp, w składanej ofercie wszelkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy czym dokonać tego może nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie ze zdaniem drugim tego przepisu wykonawca nie może zastrzec jedynie tych informacji, o których ustawodawca postanowił w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, tj.: nazwy firmy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie. W pozostałym zakresie wykonawca sam określa, czy określone informacje stanowią według niego tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem czy są to informacje nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przystępujący złożył w postępowaniu szczegółowe wyjaśnienia dotyczące przyczyn zastrzeżenia załącznika nr 8 oraz referencji jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykazując w szczególności iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności zaś:
- posiadają wartość gospodarczą, związaną z osiąganiem korzyści handlowych,
- stanowią informację techniczną określającą w szczególny dla wykonawcy sposób, możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w sposób najkorzystniejszy dla zamawiającego przy zaoferowaniu określonego sprzętu i oprogramowania, w tym również sprzętu i oprogramowania wyprodukowanego indywidualnie na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia w postępowaniu. Błędną jest zatem ocena przez odwołującego stanu faktycznego prowadząca do twierdzenia jakoby zastrzeżenie przez przystępującego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa było bezpodstawne. W rzeczywistości bowiem załącznik nr 8 do oferty obejmuje również informacje techniczne i technologiczne urządzeń niedostępnych na rynku i których dane produkcyjne i parametry nigdy nie zostały podane do wiadomości publicznej. Odwołujący, powołując się na jawność umów w zamówieniach publicznych wynikającą z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp, zdaje się nie zauważać, iż przepisy o dostępie do informacji publicznej w art. 5 ust. 2 ograniczają dostęp do informacji publicznej ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Nie jest zatem prawdziwym twierdzenie, że w każdej sytuacji informacja o dostarczanym przedmiocie zamówienia dostarczanym do jednostki publicznej i jego parametrach jest dostępna publicznie przez sam fakt uzyskania zamówienia publicznego. Przystępujący podnosił również, iż orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej powołane przez odwołującego nie mają zastosowania w stanie faktycznym właściwym dla tej sprawy i dlatego nie mogą być brane przez zamawiającego czy Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę. Przystępujący załączył do przystąpienia wyjaśnienie



skierowane do zamawiającego złożone w dniu 6 czerwca 2011 r. i wnosił o przeprowadzenie dowodu z niego na okoliczność istnienia przesłanek do uznania zarówno załącznika nr 8, jak i

wykazu wykonanych prac jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Z ostrożności procesowej przystępujący wnosił również o odrzucenie odwołania odwołującego na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesionego po upływie terminu. Termin składania ofert upłynął w dniu 23 maja 2011 r. i już w tym dniu odwołujący mógł zapoznać się z treścią ofert, gdyż jak sam podkreślał w swoim odwołaniu oferty udostępnia zamawiający od dnia ich otwarcia. Fakt fizycznego udostępnienia ofert w dniu 25 maja 2011 r. nie zmienia faktu, iż odwołujący miał możliwość dostępu do ofert już od dnia 23 maja 2011 r. i od tego dnia biegł termin na podjęcia środków ochrony prawnej, w tym dniu odwołujący mógł już dowiedzieć się o poniesieniu szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Naruszeniem przez zamawiającego przepisów - jak wynika to z zarzutów zawartych w treści odwołania - jest zaniechanie odtajnienia przez zamawiającego pełnej treści oferty. Zaniechanie to nie nastąpiło w dniu 25 maja 2011 r., tylko istniało już od dnia 23 maja 2011 r. - czyli od dnia otwarcia ofert. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 9 czerwca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło także przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (pełnomocnik) i Asercom sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu ul. Druskienicka 8, 60-476 Poznań (dalej „Konsorcjum COMP-Asercom"). Wskazując na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego przystępujący wskazywał, iż polega on na tym, że działania zamawiającego mogą doprowadzić do utajnienia informacji zawartych w ofercie Konsorcjum TRECOM-VERAX, a tym samym uniemożliwić zgłaszającemu przystąpienie oraz odwołującemu weryfikację zgodności oferty z treścią SIWZ. W konsekwencji istnieje zagrożenie wyboru oferty Konsorcjum TRECOM-VERAX jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że treść oferty tego wykonawcy może być niezgodna z treścią SIWZ. Tym samym w przypadku wyboru oferty Konsorcjum TRECOM-VERAX zgłaszający przystąpienie poniesie szkodę. W ocenie zgłaszającego przystąpienie odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp określone w odwołaniu. Zgłoszenie przystąpienia podpisało dwóch członków zarządu COMP S.A. uprawnionych do reprezentacji łącznej zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia - pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 maja 2011 r. udzielonego przez obu wykonawców działających przez reprezentantów zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w odpisach z KRS załączonych do przystąpienia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.



Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej Konsorcjum TRECOM-VERAX poinformowało o przekształceniu spółki TRECOM Sp. z o.o. (pełnomocnika Konsorcjum) w spółkę TRECOM Management Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron oraz uczestnika postępowania złożone na posiedzeniu i rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.**

***Izba ustaliła następujący stan faktyczny.***

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa, instalacja i uruchomienie systemu bezprzewodowej komunikacji szerokopasmowej, w tym dostępu do Internetu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został w załącznikach nr 7 (wzór umowy), 9 (Wymagania techniczne przedmiotu zamówienia) – określanego także jako załącznik nr 1 do umowy, 11 (Warunki świadczenia usług gwarancyjnych i serwisowych (SLA) do SIWZ. Obligatoryjnym elementem oferty była Specyfikacja techniczna dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania o treści zgodnej z wzorem określonym w załączniku nr 8 do SIWZ. Wzór ten przewidywał konieczność podania informacji w zakresie sprzętu (specyfikacja sprzętowa): l.p., nazwa i typ urządzenia, producent, opis, ilość (szt.) oraz oprogramowania: l.p., nazwa, producent, opis, liczba licencji (szt.).

Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upływał w dniu 23 maja 2011 r. W postępowaniu złożono trzy oferty: odwołującego, Konsorcjum TRECOM-VERAX oraz Konsorcjum COMP-Asercom. W każdej z ofert znajdowały się elementy zastrzeżone jako

tajemnica przedsiębiorstwa, przy czym jedynie w ofercie Konsorcjum TRECOM-VERAX zastrzeżono Specyfikację techniczną dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania sporządzoną według wzoru określonego w załączniku nr 8 do SIWZ. Jak oświadczył odwołujący już w dniu 23 maja 2011 r. złożył do zamawiającego wniosek o udostępnienie oferty Konsorcjum TRECOM-VERAX. W dniu 25 maja 2011 r. odwołujący zapoznał się z treścią oferty Konsorcjum TRECOM-VERAX, przy czym zamawiający nie udostępnił mu Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania – zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. W dniu 25 maja 2011 r. odwołujący skierował do zamawiającego pismo, w którym zwracał uwagę na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Wskazywał, iż załącznik nr 9 specyfikuje w sposób bardzo precyzyjny zakres zamówienia, określając dokładnie wszystkie elementy składowe



stanowiące przedmiot zamówienia. Opis został skonstruowany w taki sposób, że definicja każdego ze składników systemu została opisana w osobnym punkcie z dokładnością do urządzenia lub oprogramowania. Załącznik nr 8 do SIWZ w sposób oczywisty koresponduje z tym opisem i oczywistym jest, że zamawiający oczekiwał jego wypełnienia w analogiczny sposób w celu potwierdzenia spełnienia wymagań. Zwracał uwagę, że w załączniku nr 8 zamawiający oczekiwał jedynie podania nazwy i typu urządzenia/oprogramowania, producenta, opisu, a także ilości. W związku z powyższym w tabeli powinny się znaleźć wszystkie elementy składające się na ofertę w sposób jednoznaczny potwierdzające spełnianie wymogów zawartych w załączniku nr 9 do SIWZ. Podkreślał, że to nie wykonawca był odpowiedzialny za dobór odpowiednich parametrów technicznych urządzeń, gdyż te zawarte były przez zamawiającego w załączniku nr 9. Odwołujący uznawał zatem, iż zamawiający nie oczekiwał podania informacji nieujawnionych do wiadomości publicznej, gdyż informacje o urządzeniach są powszechnie dostępne. Ponadto informacje takie nie mają charakteru technicznego lub technologicznego przedsiębiorstwa i nie posiadają wartości gospodarczej jako takie. Takimi informacjami mogłyby być na przykład: sposób skonfigurowania urządzeń, unikatowy sposób montażu, sposób rozmieszczenia urządzeń. Takich informacji jednak zamawiający nie oczekiwał na etapie składania ofert. Ponadto odwołujący zauważał, że wszystkie te informacje staną się całkowicie jawne po realizacji projektu. Jeżeli zatem w istocie wykonawca chciałby zamawiającemu przekazać jakiekolwiek dodatkowe informacje, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to powinien to uczynić w osobnym dokumencie. Zdaniem odwołującego zamawiający z całą pewnością nie żądał w ramach załącznika nr 8 jakichkolwiek informacji niejawnych. Odwołujący wskazywał, iż utajnianie informacji przez wykonawców jest często nadużywane z powodu braku konsekwencji dla wykonawcy w przypadku jego bezzasadności. Jedyny skutek dla wykonawcy stanowi odtajnienie tych informacji. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej to na zamawiającym ciąży obowiązek badania zasadności utajnienia. W sytuacji gdy zawartość załącznika nr 8 ma bezpośredni wpływ na ocenę w zakresie elementów funkcjonalno-użytkowych takie zachowanie może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż ogranicza to prawo weryfikacji oferty przez innych wykonawców. Co więcej, zdaniem odwołującego, należy uznać za prawdopodobne, iż wykonawca mógł celowo utajnić ten dokument ze względu na fakt, iż oferowane przez niego urządzenia i oprogramowanie nie spełniały wymagań SIWZ. Ograniczając dostęp do tej informacji, mógł liczyć na niedostrzeżenie uchybień przez zamawiającego. Odwołujący podnosił, iż biorąc pod uwagę obowiązek zachowania uczciwej konkurencji oraz fakt, iż żaden z pozostałych oferentów nie utajnił załącznika nr 8 odwołujący wnosił o odtajnienie załącznika nr 8 w ofercie Konsorcjum TRECOM-VERAX oraz o wyznaczenie terminu na zapoznanie się z tą częścią oferty.



W dniu 3 czerwca 2011 r. zamawiający zwrócił się z pismem do Konsorcjum TRECOM-VERAX, w którym wskazywał, że nie jest w stanie dokonać oceny skuteczności zastrzeżenia bez uzyskania stosownych informacji. Podnosił, iż na etapie sprawdzania ofert nie jest mu bowiem wiadome, czy decyzja o utajnieniu jest związana z konkretnym zaproponowanym urządzeniem lub oprogramowaniem, czy też podyktowana jest całokształtem technologicznych w informacji technicznych, zawartych dokumencie.

Wątpliwości zamawiającego, jak stwierdzał, dodatkowo pogłębia fakt, iż tajemnicą przedsiębiorstwa może być objęte nie konkretne urządzenie, czy oprogramowanie, a sposób funkcjonowania wszystkich składników razem podanych w tym zestawieniu, które wykonawca zweryfikował na podstawie własnego doświadczenia. Zamawiający zauważał, iż fakt wykorzystania w dokumencie urządzeń i oprogramowania, które są dostępne na rynku nie oznacza bowiem, że całość przyjętej koncepcji jest jawna (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/06). Zamawiający wskazywał, iż nie zna również okoliczności związanych czynnościami , jakie podjął wykonawca w celu zatajenia informacji objętych w zastrzeżonym załączniku, co jest niezbędne dla uznania, iż w istocie rzeczy takie informacje podlegają utajnieniu (wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00). O skierowaniu takiego pisma poinformował odwołującego w tej samej dacie (3 czerwca 2011r.), a równocześnie wskazał, iż od uzyskanych informacji uzależnia możliwość udostępnienia załącznika do oferty innym wykonawcom. Podnosił, że w razie odtajnienia informacji zawartych w przedmiotowym załączniku przekaże stosowną informację w tym zakresie. W tym samym dniu 3 czerwca 2011 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przedmiotowe odwołanie. W dniu 6 czerwca 2011 r. zamawiający otrzymał od Konsorcjum TRECOM-VERAX wyjaśnienia. W wyjaśnieniach wskazano na przesłanki prawne uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również wyjaśniono podstawy zakwalifikowania załącznika nr 8 do tej kategorii. Konsorcjum TRECOM-VERAX podnosiło, iż utajnione informacje posiadają wartość gospodarczą związaną z osiąganiem korzyści handlowych oraz stanowią informację techniczną określającą szczególny dla wykonawcy sposób, możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w sposób najkorzystniejszy dla zamawiającego przy zaoferowaniu określonego sprzętu i oprogramowania wyprodukowanego indywidualnie na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia, zaś nieuprawnione ujawnienie tych informacji przez zamawiającego stanowić może podstawę do dokonania przez podmioty konkurencyjne wobec konsorcjum niedozwolonych czynów nieuczciwej konkurencji w szczególności osiągania korzyści majątkowych w związku z poznaniem sposobu wykorzystania dostępnego im sprzętu i oprogramowania. Wskazywał, iż informacje zastrzeżone w zakresie sposobu wykorzystania oprogramowania i urządzeń na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia są wytworzone indywidualnie dla potrzeb tej oferty i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej, jak



również, że nie jest wolą Konsorcjum TRECOM-VERAX ujawnianie ich na zewnątrz. Nie są one również dostępne drogą zwykłą i dozwoloną, a dostęp do nich mają jedynie podmioty których te informacje dotyczą. Konsorcjum stwierdzało, iż informacje te nie są udostępniane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, system informatyczny został zabezpieczony, wykonawca wdrożył w swoim przedsiębiorstwie odpowiednie procedury określające zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a fakt ochrony konkretnych informacji zastrzeżonych w załączniku nr 8 do oferty został zakomunikowany osobom biorącym udział w sporządzaniu oferty. Konsorcjum TRECOM-VERAX podkreślało, iż utajniona część oferty przezeń złożonej zawiera zatem informacje nieujawnione do wiadomości publicznej o charakterze technologicznym, posiadające wartość gospodarczą, co do których odpowiedni członkowie Konsorcjum TRECOM-VERAX podjęli niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a zatem stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podstawą ochrony informacji zawartych w załączniku nr 8 do jego oferty jest ochrona całokształtu informacji technicznych i technologicznych zawartych w załączniku nr 8 do oferty. Na rozprawie Konsorcjum TRECOM-VERAX wskazywało także na łączącą członków Konsorcjum umowę o poufności co do informacji ujawnionych w ofercie, jak również obowiązek zachowania poufności wobec podmiotów, które zobowiązały się przygotować rozwiązania dedykowane na potrzeby niniejszego postępowania.

Równocześnie na rozprawie zamawiający poinformował, iż nie zakończył jeszcze procedury weryfikacji zastrzeżenia, jednak na chwilę obecną uznaje skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Konsorcjum TRECOM-VERAX.

**Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba nie uznała zasadności

argumentacji Konsorcjum TRECOM-VERAX oraz zamawiającego, iż przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, jako że termin na wniesienie przedmiotowego odwołania należało liczyć od dnia otwarcia ofert. W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie odwołania wskazano, iż termin składania ofert upłynął w dniu 23 maja 2011r. i już w tym dniu odwołujący mógł zapoznać się z treścią ofert, gdyż, jak sam podkreślał w swoim odwołaniu, oferty udostępnia zamawiający od dnia ich otwarcia. Fakt fizycznego udostępnienia ofert w dniu 25 maja 2011r. nie zmienia faktu, iż odwołujący miał możliwość dostępu do ofert już od dnia 23 maja 2011r. i od tego dnia biegł termin na podjęcia środków ochrony prawnej.

13

---

Naruszeniem przez zamawiającego przepisów - jak wynika to z zarzutów zawartych w treści odwołania - jest zaniechanie odtajnienia przez zamawiającego pełnej treści oferty. Zaniechanie to nie nastąpiło w dniu 25 maja 2011 r., tylko istniało już od dnia 23 maja 2011 r. - czyli od dnia otwarcia ofert. Izba nie podziela powyższego stanowiska. Należy zauważyć, na co zwraca także uwagę orzecznictwo, iż w odniesieniu do tzw. odtajnienia oferty, której elementy zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przy obliczaniu terminu na wniesienie odwołania związanego z zaniechaniem takiej czynności zasadniczą trudnością jest określenie daty, kiedy rozpoczyna on bieg. Powyższe związane jest z brakiem w ustawie Pzp dookreślenia czy wskazania tego typu czynności, ich formy czy stosownego momentu ich dokonania oraz poinformowania o powyższym wykonawców. Równocześnie w świetle orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia weryfikacji skuteczności zastrzeżenia. Jednak ani Sąd Najwyższy w powyższym orzeczeniu ani ustawa Pzp nie wskazuje na procedurę dokonania takiej weryfikacji, w tym w jakim czasie i w jaki sposób skuteczność owego zastrzeżenia zamawiający ma badać i jak powinien informować wykonawców o wynikach takiego badania. Zamawiający nie jest więc zobowiązany do dokonywania jakichkolwiek formalnych czynności w tym zakresie, poza udostępnieniem informacji, które tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią niezależnie od tego, czy zostały zastrzeżone przez wykonawcę. Tym samym zdaniem części orzecznictwa należałoby przyjąć najwcześniejszy możliwy termin, w jakim zamawiający zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach mógł zweryfikować, a wykonawcy mogli się o jego ustaleniach w tym przedmiocie oraz woli dalszego postępowania z ofertą w tym zakresie dowiedzieć. Takim terminem jest moment otwarcia ofert. Jednocześnie jednak zamawiający w niniejszej sprawie zwracał uwagę, iż nie zakończył jeszcze procedury badania skuteczności zastrzeżenia stanowiącej jego obowiązek, stąd odwołanie jest w istocie przedwczesne, ponieważ odwołujący nie zna jeszcze wyniku przeprowadzanej weryfikacji. Uwzględniając powyższe, Izba stwierdza, iż w jej ocenie odwołanie nie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, co skutkowałoby koniecznością jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż wobec czynności innych niż wymienione w ust. 1 i 2 tegoż przepisu (a więc np. zaniechania udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka winna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego być jawna), odwołanie 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. Równocześnie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

14

---

Przesłanką do wniesienia odwołania jest zatem określona czynność lub zaniechanie zamawiającego, a nie innego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym fakt, iż dany wykonawca dokonał bezzasadnego, zdaniem innego wykonawcy i potencjalnego odwołującego, zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż zaistniała podstawa do wniesienia odwołania. Podstawę taką w ocenie Izby stanowić będzie odmowa udostępnienia pełnej treści oferty, w tym w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa (udostępnienie oferty z pominięciem elementów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa). Dopiero wówczas można uznać, iż „powzięto *lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach*

*stanowiących podstawę jego wniesienia",* tj. o odmowie udostępnienia oferty w zakresie, co do którego wykonawca uznaje, iż brak jest możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający podczas otwarcia ofert nie ma obowiązku podawania informacji ani o istnieniu zastrzeżenia ani o jego zakresie. Ponadto nie sposób przyjąć, iż wykonawca wnoszący odwołanie i ponoszący jego koszty miałby je wnieść pomimo braku znajomości oferty w sytuacji, gdy zamawiający np. odmawia mu udostępnienia oferty. Ponadto powyższe oznaczałoby także pozbawienie zamawiającego możliwości weryfikacji zastrzeżenia i narażenie na poniesienie kosztów odwołania, podczas gdy jego wolą było przeprowadzenie weryfikacji zastrzeżenia, do czego jest zobowiązany, a nie jest w stanie dokonać tej czynności bez udziału i wyjaśnień wykonawcy zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym dogmatyzowanie powyższego terminu i odnoszenie go do każdego przypadku i stanu faktycznego, jest nieuzasadnione. W niniejszej sprawie, jak twierdzi odwołujący, czemu zamawiający nie zaprzeczył, wniosek o udostępnienie oferty został przez niego złożony w dniu otwarcia ofert, tj. dnia 23 maja 2011 r. Termin udostępnienia oferty pierwotnie ustalony na 27 maja 2011 r., a następnie na żądanie odwołującego o jego skrócenie, na 25 maja 2011 r., określony został przez zamawiającego. Tym samym odwołujący dochował staranności, aby zapoznać się z ofertą Konsorcjum TRECOM-VERAX w najwcześniejszym możliwym terminie, a data jej faktycznego udostępnienia pozostawała poza sferą dyspozycji odwołującego. Należy też podkreślić, iż w dacie 25 maja 2011 r. po zapoznaniu się z ofertą Konsorcjum TRECOM-VERAX, kwestionując skuteczność zastrzeżenia, zwrócił się z kolejnym wnioskiem o udostępnienie zastrzeżonej treści oferty. Tym samym zdaniem Izby jednoznacznym jest, iż dopiero w dacie 25 maja 2011 r. miał on możliwość zapoznania się z ofertą Konsorcjum TRECOM-VERAX, a jednocześnie i decyzją zamawiającego w odniesieniu do skuteczności zastrzeżenia. Skoro bowiem zamawiający nie udostępnił oferty w pełnym zakresie, należy uznać, iż respektował zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dopiero w tej dacie zaktualizowała się zatem podstawa do wniesienia odwołania. Izba nie podziela też stanowiska, iż odwołanie jest przedwczesne. Należy zauważyć, iż obecnie w świetle brzmienia art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy



Pzp nie stanowi to podstawy do odrzucenia odwołania (przepis przewiduje taką konieczność w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie). Ponadto argument ten jest niezasadny, ponieważ z uwagi na brak procedury weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie jest dopuszczalne, aby zakończenie tej procedury, o czym zamawiający nie musi informować wykonawców, wyznaczało początek biegu terminu na wniesienie odwołania. Wykonawcy, którzy otrzymali dostęp do ofert konkurencyjnych, pozostawaliby w niepewności co do terminu wniesienia odwołania, ryzykując jego odrzuceniem jako spóźnionego. Skoro zamawiający nie udostępnia całości oferty, przyjąć należy, że respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli po wniesieniu odwołania w wyniku dodatkowej weryfikacji zmienia swoje stanowisko, ustawa Pzp daje mu określone możliwości proceduralne. Nie może być jednak tak jak w niniejszej sprawie, iż zamawiający z jednej strony podnosi spóźniony charakter odwołania, z drugiej jego przedwczesność, jako że nie zakończył procedury weryfikacyjnej, przy czym na chwilę obecną (postępowania odwoławczego) respektuje zastrzeżenie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa w przypadku, gdy w istocie nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tego rodzaju działanie zamawiającego stanowiłoby naruszenie ustawy Pzp i mogłoby grozić powstaniem uszczerbku u odwołującego w toku postępowania, skutkując utrudnieniem lub uniemożliwieniem uzyskania zamówienia wobec braku możliwości weryfikacji oferty konkurencyjnej, zwłaszcza że zakres kwestionowanego zastrzeżenia dotyczy zarówno zgodności oferty z wymaganiami SIWZ, jak i przesłanek do uzyskania punktacji w ustalonym kryterium oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że zarzut ten jest zasadny. Istotą sporu było, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa walor ten

istotnie posiadają. Poza sporem natomiast pozostawała okoliczność, czy informacje zastrzeżone zostały w terminie oraz czy ich zakres nie pokrywa się z informacjami podlegającymi obligatoryjnemu ujawnieniu na podstawie art. 86 ust. 4 ustawy Pzp (pozostałe przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa).

Należy podkreślić, iż jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp jest zasada jawności postępowania o udzielenie



zamówienia publicznego. Gwarantuje ona zarówno transparentny charakter postępowania, jak i urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. 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. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie (art. 86 ust. 4 ustawy Pzp). Analiza przepisu art. 8 ust. 3 Pzp prowadzi do wniosku, że pozostałe elementy oferty wykonawca może zastrzec, o ile zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zdefiniowane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z jego brzmieniem „przez *tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania 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. Inne informacje mające wartość gospodarczą to w szczególności informacje handlowe. Jej istotą jest też poufność, tj. 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. Ponadto zastrzegający tajemnicę musi wykazać, iż podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca.

Powyższe oznacza, iż aby utajnione w ofercie informacje miały charakter tajemnicy przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie następujących przesłanek:

1) zastrzeżone informacje są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą,



2) informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
3) przedsiębiorca podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, w celu zachowania zasady jawności w prowadzonym postępowaniu zamawiający ma obowiązek weryfikacji dokonanego przez wykonawców zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pod kątem jego zasadności. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, sygn. akt III CZP 74/05. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji,

gdy zamawiający w wyniku przeprowadzonego odpowiedniego badania przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie zarówno treści zawartych w zastrzeżonych dokumentach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro bowiem wykonawca dokonuje takiego zastrzeżenia i wymaga, aby zamawiający je respektował, musi równocześnie wykazać, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki dla przyjęcia, iż w istocie zastrzeżenie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie jest np. czynione w celu ograniczenia konkurentom wglądu do oferty i jej weryfikacji. Zamawiający nie może natomiast w sposób bezkrytyczny opierać się jedynie na zastrzeżeniu, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują wprawdzie procedury przeprowadzenia takiego badania, jak i obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców, jak i poważne konsekwencje prawne ujawnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takiej zastrzeżonej w ofercie, winny skłonić zamawiającego do zwrócenia się o takowe wyjaśnienia, chyba że jest w stanie sam stwierdzić, czy tajemnica istnieje czy też nie. Wyjaśnienia jednak muszą dać zamawiającemu jednoznaczny obraz co do sposobu zakwalifikowania zastrzeżonej informacji. Nie mogą być ogólnikowe, lakoniczne czy opierać się na gołosłownych twierdzeniach. Podmiot zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia na etapie badania i oceny ofert. „Przyjęcie, *iż miarodajna jest subiektywna*



*ocena wartości informacji przez przedsiębiorcę, może prowadzić do niekorzystnych rezultatów, mianowicie prób egzekwowania przez przedsiębiorców ochrony obiektywnie mało ważnych danych, które nie podnoszą konkurencyjnej pozycji przedsiębiorstwa. W takim przypadku rzadko nastąpi zagrożenie lub naruszenie istotnych interesów przedsiębiorcy i w rezultacie nie będzie można wykazać popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.” (Komentarz do art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.93.47.211), [w:] K. Korus, Lex/El.2002, Lex Omega, Wydawnictwo Wolters Kluwer).* Podkreślić należy, iż przyczyny wyłączenia jawności winny mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja zarówno przez zamawiającego, jak i w postępowaniu odwoławczym. Ponadto zamawiający nie może zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie i w efekcie tych działań może w stosunku do niektórych informacji uznać, że można je ujawnić mimo formalnie poprawnego zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy Izba stwierdziła, co następuje. Jak wskazano powyżej, w dniu 25 maja 2011 r. po zapoznaniu się z ofertą Konsorcjum TRECOM-VERAX odwołujący wystosował do zamawiającego pismo, w którym wskazywał na brak zasadności zastrzeżenia przez tego wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania. Zamawiający dopiero w dniu 3 czerwca 2011 r. zwrócił się do Konsorcjum TRECOM-VERAX o wyjaśnienia w przedmiocie zasadności zastrzeżenia. Na rozprawie wskazywał, iż prowadził własne badanie skuteczności zastrzeżenia, którego efektem było uznanie, iż z uwagi na fakt, że w ofercie wskazano na dedykowany i autorski charakter niektórych z elementów oferty, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa mogło być uznane za uzasadnione.

Zdaniem Izby zamawiający w oparciu o trzymane w dniu 6 czerwca 2011 r. wyjaśnienia Konsorcjum TRECOM-VERAX dokonał błędnej oceny, iż w wystarczający sposób uzasadniają one zastrzeżenie całej Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania, stanowiącej w istocie informację o tym, co zostanie dostarczone w ramach realizacji zamówienia, czy przedmiot dostawy spełnia szczegółowo określone wymogi zamawiającego, jak również czy istnieją podstawy do przyznania dodatkowej punktacji w kryterium elementy funkcjonalno-użytkowe z wagą 40%. Pismo z dnia 6 czerwca 2011 r. ma charakter bardzo ogólny, zawiera przede wszystkim rozważania prawne co do charakteru i definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przesłanek

skuteczności jej zastrzeżenia, nie odnosząc się w ogóle do poszczególnych elementów Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum TRECOM-VERAX. W



ocenie Izby bez znaczenia pozostaje okoliczność, na którą wskazywał wykonawca, że lakoniczność wyjaśnień związana była z obawą przed udostępnieniem podmiotom trzecim danych w nich zawartych z uwagi na brak jednolitości orzecznictwa co dopuszczalności zastrzeżenia przedmiotowych wyjaśnień oraz możliwego niedochowania staranności przez pracowników zamawiającego. Izba stwierdza, iż w jej opinii ma on możliwość utajnienia wyjaśnień odnośnie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli w ramach wyjaśnień mogłoby dojść do ujawnienia okoliczności zastrzeżonych jako poufne, zaś obawy co do możliwości ich udostępnienia podmiotom trzecim przez zamawiającego nie są wystarczającą podstawą dla braku rzeczowości i skonkretyzowania.

Oceniając przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, na które powoływało się Konsorcjum TRECOM-VERAX, zdaniem Izby nie można uznać za wystarczającego stwierdzenia, iż utajnione informacje „posiadają *wartość gospodarczą związaną z osiąganiem korzyści handlowych"* oraz „stanowią *informację techniczną określającą szczególny dla wykonawcy sposób, możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w sposób najkorzystniejszy dla zamawiającego przy zaoferowaniu określonego sprzętu i oprogramowania wyprodukowanego indywidualnie na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia",* zaś „nieuprawnione *ujawnienie tych informacji przez zamawiającego stanowić może podstawę do dokonania przez podmioty konkurencyjne wobec konsorcjum niedozwolonych czynów nieuczciwej konkurencji w szczególności osiągania korzyści majątkowych w związku z poznaniem sposobu wykorzystania dostępnego im sprzętu oprogramowania".* Wykonawca wskazywał ponadto, iż informacje zastrzeżone w zakresie sposobu wykorzystania oprogramowania i urządzeń na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia są wytworzone indywidualnie dla potrzeb tej oferty i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej, jak również, że nie jest wolą Konsorcjum TRECOM-VERAX ujawnianie ich na zewnątrz. Nie są one również dostępne drogą zwykłą i dozwoloną, a dostęp do nich mają jedynie podmioty, których te informacje dotyczą. Konsorcjum TRECOM-VERAX stwierdzało, iż informacje te nie są udostępniane w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach, system informatyczny został zabezpieczony, a fakt ochrony został zakomunikowany osobom biorącym udział w sporządzaniu oferty.

Izba stwierdza, iż na podstawie takich wyjaśnień zamawiający niezasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec całej Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania. Oczywistym jest bowiem, iż oferta składana na potrzeby danego postępowania uwzględnia jego specyfikę i wymagania. Nie oznacza to jednak, iż poufny charakter uczestnictwa w przetargu czy treści oferty na etapie jej sporządzania jest tożsamy z przyjęciem, iż zawsze i z tej tylko przyczyny zawiera ona elementy tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca powoływał się na techniczny



charakter zastrzeżonych informacji, wskazując, iż „stanowią *informację techniczną określającą szczególny dla wykonawcy sposób, możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w sposób najkorzystniejszy dla zamawiającego przy zaoferowaniu określonego sprzętu i oprogramowania wyprodukowanego indywidualnie na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia".* Z powyższego wynika zatem, iż powoływał się zarówno na okoliczność zastosowania autorskich i dedykowanych dla tego zamówienia rozwiązań wskazanych w Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania, jak i że dobór tych rozwiązań ma wymiar autorski i opiera się na szczególnym know-how wykonawcy, które pozwala mu na zaproponowanie najkorzystniejszego dla zamawiającego sposobu wykonania zamówienia. Ponadto na rozprawie jako uzasadnienie ochrony wskazywano fakt, iż konkurenci popełnili błędy w ofertach, które mogą próbować sanować poprzez odwołanie się do szczegółowego opisu zawartego w ofercie Konsorcjum TRECOM-VERAX. Wykonawca podkreślał, że to właśnie ów szczególny opis w zestawieniu z zaproponowanymi rozwiązaniami decyduje o tym, że możliwe jest ustalenie sposobu realizacji przez wykonawcę zamówienia, który to sposób

objęty jest poufnym charakterem. O wartości gospodarczej świadczyć miałaby możliwość uzyskania korzyści handlowych, a ponadto ujawnienie danych zawartych w Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania mogłoby narazić wykonawcę na ryzyko dokonania przez podmioty konkurencyjne wobec Konsorcjum niedozwolonych czynów nieuczciwej konkurencji, w szczególności osiągania korzyści majątkowych w związku z poznaniem sposobu wykorzystania dostępnego im sprzętu i oprogramowania. O wartości gospodarczej świadczyć też miałaby okoliczność, iż podmioty, które zgodziły się opracować rozwiązania dedykowane na potrzeby tego postępowania, nie z każdym podmiotem podejmują współpracę, a okoliczność podjęcia tej współpracy i zaproponowania jej Konsorcjum TRECOM-VERAX objęta została poufnością.

Zdaniem Izby ani powyższe wyjaśnienia ani analiza treści oferty Konsorcjum TRECOM-VERAX nie potwierdza, iż rzeczywiście wszystkie zastrzeżone informacje dotyczą sprzętu i oprogramowania dedykowanego i wytworzonego specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania. Przemawia za tym także stanowisko Konsorcjum TRECOM-VERAX podczas rozprawy, z którego wynikało, iż wprawdzie w części oferta odwołuje się do produktów dostępnych na rynku, jednak konfiguruje i dobiera je w szczególny autorski sposób. Wskazywano także, iż z informacji zawartych Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania wnioskować można o sposobie wykonania zamówienia, a to ze względu na szczegółowy opis tam zawarty. W ocenie Izby powyższe wyjaśnienia nie są przekonywujące i nie zostały poparte żadnym dowodem. Pozostają one zatem subiektywnym oświadczeniem wykonawcy pozbawionym merytorycznej i obiektywnej



argumentacji. Należy zauważyć, iż zamawiający bardzo szczegółowo opisał wymagania techniczne dla przedmiotu zamówienia. Jak słusznie zauważał odwołujący w piśmie z dnia 25 maja 2011 r. opis zawarty w załączniku nr 9 do SIWZ został tak skonstruowany, że odnosił się do poszczególnych części składowych systemu z dokładnością do urządzenia i oprogramowania. Zadaniem wykonawców realizowanym poprzez wypełnienie załącznika nr 8 (Specyfikacja techniczna dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania) było dopasowanie urządzeń i oprogramowania do szczegółowych wymagań zamawiającego. Opis ten był zatem otwarty w tym znaczeniu, iż nie wskazano, jakie urządzenia i oprogramowanie należy zaoferować (do czego zresztą zamawiający nie byłby uprawniony, aczkolwiek w niektórych przypadkach zamawiający powołał typ urządzenia), ale bardzo szczegółowo określono wymagane parametry techniczne systemu. Równocześnie w załączniku nr 8 zamawiający wymagał podania jedynie następujących informacji: w zakresie sprzętu - nazwa i typ urządzenia, producent, opis i ilość, a oprogramowania – nazwa, producent, opis, liczba licencji. W ocenie Izby poprzez podanie danych, których wymagał zamawiający we wzorze załącznika nr 8 co do zasady nie następuje ujawnienie informacji dotyczących sposobu realizacji zamówienia, gdyż opis w tym zakresie nie był wymagany. Opis dotyczyć miał, jak się wydaje, gdyż zamawiający nie wskazał szczegółowo zasad dokonywanego opisu, umożliwić zamawiającemu jedynie ocenę spełnienia wymogów technicznych oraz ocenę spełnienia warunków dla dodatkowej punktacji. Wykonawca, bazując na niedookreśleniu szczególności opisu, nie może jednak tak ukształtować swojej oferty, aby pomimo braku takiej potrzeby zawierał tam informacje, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa skutkujące zastrzeżeniem całej Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania, a których ujawnienie nie było niezbędne dla potrzeb prawidłowości oferty. Powyższe wykraczałoby poza dyspozycję art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, z uwzględnieniem zasad postępowania wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto analizując Specyfikację techniczną dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania załączoną do oferty Konsorcjum TRECOM-VREMAX stwierdzić należy, iż jedynie w niektórych przypadkach wyraźnie wskazano tam zaoferowanie urządzeń dedykowanych i przystosowanych na potrzeby niniejszego postępowania czy rozwiązań autorskich. W znacznej części zastrzeżonego załącznika brak jest takich danych, co sugeruje, iż podane rozwiązanie ma charakter standardowy i dostępny na rynku. Stąd obowiązkiem zamawiającego było zbadanie, czy podane tam urządzenia i oprogramowanie w istocie mają charakter nieujawniony i powstały na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś są urządzeniami funkcjonującymi na rynku. Brak jest bowiem uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji odnośnie produktów, których specyfikacje

są powszechnie dostępne (np. w Internecie) czy też znajdują się w stałej ofercie handlowej, a zatem dane na ich temat można uzyskać w dozwolony prawem sposób i bez szczególnych starań. Niewątpliwie zatem informacje dotyczące producenta, modelu, wersji, parametrów sprzętu i oprogramowania mają walor informacji powszechnie dostępnych. Powoływane przez wykonawcę umowy o poufności nie stanowią wystarczającej podstawy dla skorzystania z możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile nie są spełnione przesłanki ustawowe. Należy bowiem podkreślić, iż o istnieniu podstawy do objęcia tajemnicą określonych informacji decyduje jedynie łączne ziszczenie się przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zawarcie umów o poufności świadczyć może natomiast o podjęciu czynności mających na celu zachowanie informacji w tajemnicy jako jednej z niezbędnych przesłanek traktowania danej informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum TRECOM-VERAX nie wykazało też, aby opis zawarty w Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania wyrażał jakąś autorską koncepcję sposobu realizacji zamówienia. Okoliczność, iż niektóre urządzenia czy oprogramowanie jest dedykowane dla przedmiotowego zamówienia nie uzasadnia objęcia tajemnicą całego dokumentu, o ile nie zostanie ustalone, iż łącznie (jako całość) informacje tam zawarte posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a taki wniosek w niniejszym postępowaniu nie wydaje się uzasadniony. Ponadto i samo Konsorcjum TRECOM-VERAX na rozprawie przyznało, iż nie wszystkie informacje na temat zaoferowanego przedmiotu zamówienia dotyczą rozwiązań dedykowanych czy autorskich. Wskazało na pkt 3—6, 9,12, 15 - do końca Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania jako rozwiązania dedykowane. Oznacza to zatem, iż w pozostałym zakresie zaproponowany przedmiot zamówienia nie ma waloru dedykowanego czy autorskiego, lecz odnosi się do rozwiązań oferowanych i dostępnych na rynku. Uzasadnieniem zastrzeżenia całości Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania przez Konsorcjum TRECOM-VERAX była okoliczność, iż z opisu dokonanego przez niego w ofercie w pozostałym zakresie, zdaniem wykonawcy, wywieść można informacje, jaki system został zaoferowany. Analizując jednak treść Specyfikacji technicznej oraz Wymagań technicznych zawartych w załączniku nr 9 do SIWZ Izba ustaliła, iż brak jest potwierdzenia dla tezy, iż w istocie zaproponowany zestaw urządzeń i oprogramowania pozwala na ustalenie, jak realizowane będzie zamówienie, jak również aby łącznie całej Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa, niezależnie od tego czy poszczególne zawarte tam informacje samodzielnie spełniają przesłanki w tym przedmiocie. W ocenie Izby nie zostało wykazane, iż dane zawarte w Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania stanowiły emanację jakiegoś szczególnie podlegającego ochronie know-



how wykonawcy. Należy bowiem uznać, iż w każdym przypadku realizacji zamówienia, gdy zamawiający określa pewne funkcjonalności i parametry techniczne, dopasowanie sprzętu i oprogramowania do tych funkcjonalności i parametrów musi opierać się na know-how wykonawcy, co nie jest jednak tożsame, iż w każdym przypadku opis przedmiotu zamówienia podlega ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Sama wiedza o tym, jakie produkty spełniają wymagania SIWZ, jeśli równocześnie nie wiąże się to z opracowywaniem produktów specjalnie na potrzeby danego postępowania, lecz bazuje na standardowych, istniejących i dostępnych na rynku nie może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2793/10). Taki wymiar mogłyby natomiast mieć informacje dotyczące szczególnej konfiguracji tych urządzeń, sposobu ich rozmieszczenia czy montażu.

Ponadto nie potwierdziło się także twierdzenie Konsorcjum TRECOM-VERAX, jakoby w opisach zawartych w Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania zawarte były szczególne informacje, których ujawnienie naraziłoby Konsorcjum TRECOM-VERAX na potencjalną szkodę. Należy bowiem podkreślić, iż analiza tych opisów prowadzi do wniosku, że w znacznej liczbie stanowią one odzwierciedlenie, czy wręcz powtórzenie wymagań zawartych w załączniku nr 9, bądź też odwołują się do treści tego załącznika poprzez wskazanie parametrów odpowiadających parametrom wynikającym

z Wymagań technicznych przedmiotu zamówienia. Izba nie dopatrzyła się w tak skonstruowanym opisie przesłanek do uznania, iż zawierają jakiś walor szczególnie podlegający ochronie kosztem uprawnienia pozostałych wykonawców do zapoznania się z nimi. W opinii Izby brak waloru tajemnicy przedsiębiorstwa odnosić się może do wszystkich elementów Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania dotyczących produktów standardowych i dostępnych na rynku, które zostały wskazane bez określenia, iż będą dostosowywane do szczególnych wymagań SIWZ. W ocenie Izby dotyczy to np. pkt 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16 Specyfikacji technicznej. Przy czym np. w pkt 8, 9, 11, 12, 13 w opisie pojawia się określona konfiguracja, co do której zamawiający winien zbadać, czy ma ona charakter autorski, czy też jest konfiguracją standardową. W zakresie gdzie w opisie powtórzono wymagania techniczne z SIWZ brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla utajniania opisu. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa można natomiast uznać za zasadne w przypadkach rozwiązań określonych jako dedykowane na potrzeby niniejszego postępowania, aczkolwiek i w tym zakresie niezbędnym wydaje się weryfikacja, czy w istocie jest to rozwiązanie przygotowywane na potrzeby niniejszego postępowania, czy też jedynie dostępna opcja. W zakresie pkt 17 Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania zamawiający winien zbadać zakres dokonanego zastrzeżenia, tj. czy w pełnym zakresie jest



to rozwiązanie autorskie. Co do oprogramowania uznać należy, iż w istocie treść Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania potwierdza jego dedykowany charakter, aczkolwiek i w tym przypadku twierdzenie o szczególnym i wyjątkowym charakterze opisu nie znajduje potwierdzenia w treści Specyfikacji technicznej. Z tego względu i w tym zakresie zamawiający winien wyjaśnić przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby zamawiający nie dokonał także oceny, czy utrzymanie powyższego zastrzeżenia będzie możliwe w przyszłości, tj. w ramach podpisania umowy. Niewątpliwie bowiem zgodnie z treścią wzoru umowy Specyfikacja techniczna dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania zgodna z ofertą wykonawcy stanowi Załącznik nr 2 do umowy, a ponadto we wzorze umowy wskazano, iż załącznik ten będzie obejmował także ceny jednostkowe. Tajemnica przedsiębiorstwa nie ma charakteru etapowego, tzn. nie może być tajemnicą tylko na etapie oceny ofert, a w momencie dołączenia jej do umowy stracić przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym ustalenie, iż brak jest możliwości utrzymania zastrzeżenia wobec osób trzecich, które byłyby zobowiązane do zachowania poufności, w istocie winno skutkować odtajnieniem informacji w takim zakresie, w jakim nie mogą one pozostać niejawne z uwagi na treść i wymagania umowy lub innych przepisów prawa . Natomiast w ocenie Izby sam jawny charakter umowy, na co wskazuje art. 139 ust. 3 ustawy Pzp nie oznacza całkowitego braku możliwości zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa wobec jej elementów. Podstawowe znaczenie w tym zakresie ma bowiem art. 8 ust. 3 (przewidujący jednoznacznie, że elementów oferty zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa nie ujawnia się) oraz art. 86 ust. 4 ustawy Pzp (określający enumeratywnie w jakim zakresie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstw jest niedopuszczalne). Należy podkreślić, iż art. 86 ust. 4 ustawy Pzp nie wyłącza z zakresu możliwego zastrzeżenia opisu przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie jawność postępowania stanowi zasadę, zaś wyłączenie jawności z uwagi na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa wyjątek od tej zasady, jednak jest to wyjątek w pełni dopuszczalny, a poza art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, brak jest przepisów jednoznacznie wyznaczających granicę dla jego zastosowania. Przepis art. 139 ust. 3 ustawy Pzp ustalający jawność umów w sprawie zamówienia publicznego, przewiduje udostępnienie umowy na zasadach przewidzianych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, a przepisy te respektują zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198). Uwzględniając powyższe, należy także stwierdzić, iż brak jest wyraźnej podstawy prawnej dla stwierdzenia, iż nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa okoliczności podlegających ocenie w kryteriach oceny ofert, o ile nie są to okoliczności wskazane w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Taka

dyrektywa może być wywodzona jedynie z prymatu zasady jawności postępowania i dopuszczalności weryfikacji oferty pod tym kątem przez innych wykonawców kosztem jednostkowego uprawnienia wykonawcy do ochrony jego interesów w formie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, choć ustawa Pzp przyznaje mu takie prawo. W ocenie Izby odtajnienie informacji prawidłowo zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa jedynie z uwagi na ich związanie z kryterium oceny ofert, jeśli nie są to informacje nie podlegające zastrzeżeniu, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, nie znajduje jednoznacznego normatywnego uzasadnienia.

Uwzględniając powyższe, w ocenie Izby zamawiający powinien zatem ujawnić nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa informacje zawarte w Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania oferty Konsorcjum TRECOM-VERAX, po uprzednim wyczerpującym zbadaniu i wyjaśnieniu okoliczności podniesionych przez Izbę. Powyższe dotyczy zarówno badania we własnym zakresie, jak i w oparciu o informacje uzyskane od wykonawcy. Niewątpliwie bowiem na etapie postępowania odwoławczego prowadzenie tego typu wyjaśnień i dowodzenie, iż dana informacja ma charakter zastrzeżony jest znacznie utrudnione z uwagi na niemożliwość utajnienia wobec stron (odwołującego) dokumentów przedkładanych na potwierdzenie zasadności zastrzeżenia (art. 189 ust. 6 ustawy Pzp dotyczący możliwości wyłączenia jawności rozprawy nie przewiduje możliwości wyłączenia jawności kosztem uczestnictwa w niej odwołującego). Wyjaśnienia powinny być zatem konkretne i szczegółowe, a w razie ich braku zamawiający winien odtajnić ofertę w zakresie, w którym nie zostanie potwierdzona skuteczności zastrzeżenia.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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), w tym wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w maksymalnej kwocie 3 600,00 zł na podstawie przedłożonej do akt sprawy faktury.

**Przewodniczący:**

……..…