

WYROK

z dnia 9 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inforsys S. A. oraz Comarch S. A., adres dla pełnomocnika: 05-250 Radzymin, Al. Jana Pawła II 24** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comp S. A. oraz Techelon Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., PTK Centertel Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie sprawdzenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., PTK Centertel Sp. z o.o., pod**

kątem dokonanych w niej zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienie części oferty, w których zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21 i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Inforsys S. A. oraz Comarch S. A., adres dla pełnomocnika: 05-250 Radzymin, Al. Jana Pawła II 24** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Skarbu Państwa - Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21** na rzecz **Inforsys S. A. oraz Comarch S. A., adres dla pełnomocnika: 05-250 Radzymin, Al. Jana Pawła II 24** kwotę **19 697 zł 16 gr.** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt siedem złotych szesnaście groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu, koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21 prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Świadczenie usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania i doręczania korespondencji*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 18 listopada 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 listopada 2011 r. pod numerem 2011/S 225-365558.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inforsys S. A. oraz Comarch S. A., adres dla pełnomocnika: 05-250 Radzymin, Al. Jana Pawła II 24 (zwani dalej: „Odwołującym”) w dniu 24 lutego 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożył odwołanie m. in. na zaniechanie ujawnienia części ofert następujących wykonawców: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., Polska Telefonii Komórkowa „Centertel’ Sp. z o.o.; Emerson Polska Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comp S. A. i Techelon Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:

- art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia zastrzeżonych części ofert wykonawców: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., Polska Telefonii Komórkowa „Centertel’ Sp. z o.o.; Emerson Polska Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comp S. A. i Techelon Sp. z o.o.,
- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., Polska Telefonii Komórkowa „Centertel’ Sp. z o.o.; Emerson Polska Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comp S. A. i Techelon Sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących wskazanych powyżej zastrzeżonej przez nich części oferty

pod kątem spełnienia przez informacje znajdujące się w zastrzeżonych dokumentach przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści załączników nr 5-6, 14, 21-24 do oferty pod kątem sprawdzenia spełnienia czy informacje znajdujące się w tych załącznikach spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia części ofert w zakresie wskazanym odpowiednio oraz zaniechanie żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących zastrzeżonych przez nich w/w części ofert i w konsekwencji ograniczenie Odwołującemu możliwości weryfikacji poprawności tych ofert.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) ujawnienia:

- części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., Polska Telefonía Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o.,

- części oferty wykonawcy Emerson Polska Sp. z o.o.,

- części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comp S. A. i Techelon Sp. z o.o.

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego.

względnie o:

3) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonanie sprawdzenia ofert pod kątem dokonanych w nich zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienie tych części w/w ofert, w których zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa części złożonych ofert, w sytuacji gdy informacje znajdujące się w zastrzeżonych częściach tych ofert nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu

art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że jawność postępowania jest jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Przejawia się ona w wielu innych przepisach ustawy Pzp i ma na celu umożliwienie wykonawcom pełnej informacji o fakcie wszczęcia postępowania oraz o jego dokumentacji, w tym także o treści ofert złożonych przez ich konkurentów. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należy więc postrzegać jako wyjątek od zasady jawności postępowania i dlatego też, wyjątek ten musi być interpretowany w bardzo ścisły i ostrożny sposób. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera się w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przez "tajemnicę przedsiębiorstwa" należy rozumieć 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. Zatem określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie, gdy łącznie zaistnieją trzy następujące przesłanki: (1) informacja taka ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, (2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00). Niedopuszczalnym w ocenie Odwołującego jest uznanie a priori, że informacje w zastrzeżonych przez wykonawców dokumentach nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej oraz, że wykonawcy ci podjęli w stosunku do nich wszelkie niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezprawnie nie odtajnił zastrzeżonych przez wykonawców informacji, gdyż w jego ocenie, informacje te nie spełniają łącznie w/w warunków, pozwalających na zakwalifikowanie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Co do zastrzeżenia przez wykonawcę odpisu z KRS zaświadczenia z KRK podwykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to oczywistym według Odwołującego jest, że informacje zawarte w tych dokumentach nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ są one jawne i publicznie dostępne dla każdego. Zgodnie z art. 8 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym, rejestr ten jest jawny i każdy ma prawo dostępu do danych w nim zawartych, a także prawo do otrzymywania poświadczonych odpisów danych zawartych w tym rejestrze, również informacje zgromadzone w Krajowym Rejestrze Karnym są dostępne dla wskazanych w ustawie z dnia 24 maja 2000 r. Krajowy Rejestr Karny podmiotów. Odwołujący wskazał również, że informacji wynikających z zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach oraz zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek podwykonawcy nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ nie spełniają one przesłanki „informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych

informacji posiadających wartość gospodarczą". Ponadto, zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego, wyrażonym w wyroku z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/2000), wykluczone jest uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze. Należy podkreślić, że informacje znajdujące się w zastrzeżonych przez niektórych wykonawców dokumentach podwykonawcy takich jak: odpis z KRS, zaświadczenie z KRK, zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek znajdują się w publicznych rejestrach i można je uzyskać zgodnie z procedurą wskazaną w odpowiednich ustawach. Jeżeli zaś chodzi o zastrzeżenie załącznika nr 14 do oferty, tj. wykazu potencjału technicznego należy zauważyć, że potencjał ten miał być zgodnie z SIWZ wskazany przez wykonawców na formularzu numer DP.4. Zgodnie z tym formularzem, w zakresie spełnienia przesłanki potencjału technicznego każdy wykonawca musiał wskazać jedynie informacje dotyczące: rodzaju, producenta, typu i modelu maszyn do personalizacji wydruków o rozdzielczości minimalnej 600x600 dpi oraz maszyn do kopertowania, których zamierza użyć przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący zauważył, że powyższe informacje nie spełniają przesłanek z art. 11 ust 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwalających na zakwalifikowanie ich jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 12 stycznia 2011 r. (KIO 2793/10), Wskazane przez wykonawców w załączniku nr 14 maszyny nie są urządzeniami wyprodukowanymi, dedykowanymi specjalnie przez wykonawcę w celu realizacji tego konkretnego zamówienia, tylko stanowią standardowe, seryjnie produkowane urządzenia ogólnie dostępne na rynku. Należy zauważyć, że Zamawiający w SIWZ nie postawił żadnych szczególnych, precyzyjnych wymagań związanych z tym sprzętem, ale w przypadku maszyn do personalizacji wydruków określił tylko ogólnie, że muszą posiadać one minimalną rozdzielczość 600x600 dpi. Skoro maszyny wskazane w wykazie nie powstały na potrzeby tego konkretnego postępowania, to nie stanowią one "know-how" tych wykonawców i jako takie nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa tych wykonawców. Ponadto nie ma cech tajemnicy przedsiębiorstwa informacja, o której można się dowiedzieć z dostępnych źródeł co ma miejsce w tym przypadku, gdyż wiadomości dotyczące producenta, modelu, typu maszyn wskazanych w załączniku nr 14 do ofert, są ogólnie dostępne chociażby na stornach internetowych producentów tych maszyn. Odwołujący podniósł także, że tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią również informacje wymienione w załączniku nr 6 - „Wykaz wykonanych zamówień” oraz w załącznikach od nr 7 do 13 - Referencje nr 1-7 do oferty.

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 oraz 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących zastrzeżonych przez nich dokumentów w zakresie spełnienia przez informacje znajdujące się w tych dokumentach przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto w dniu 23 lutego 2012 r., Odwołujący otrzymał od Zamawiającego telefoniczną informację, że żadna z zastrzeżonych przez wykonawców części ich ofert nie została przez niego odtajniona oraz, że nie zamierza podejmować w przyszłości żadnych działań w celu ustalenia, czy zastrzeżone przez wykonawców informacje faktycznie stanowią tajemnicę ich przedsiębiorstw. Zatem Zamawiający nie podjął jakichkolwiek działań, w szczególności nie zwrócił się do wykonawców o udzielenie pisemnych wyjaśnień we wskazanym powyżej trybie, aby wyjaśnić czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w odniesieniu do zastrzeżonych przez wykonawców informacji, np. czy informacje te nie zostały publicznie udostępnione lub czy podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Odwołujący podkreślił również, że Odwołujący nie zastrzegł swojej oferty w tym postępowaniu w jakimkolwiek zakresie i tym samym (z powodu powyższych zaniechań Zamawiającego) znajduje się w dużo gorszej sytuacji niż pozostali wykonawcy, ponieważ nie może dokonać pełnej weryfikacji ich ofert. Gdyby bowiem Zamawiający udostępnił Odwołującemu informacje zastrzeżone przez wykonawców, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący mógłby w większym stopniu dokonać oceny zgodności treści ofert tych wykonawców z treścią SIWZ, co otwierałoby mu drogę do ewentualnego kwestionowania tych ofert, a tym samym dawałoby możliwość uzyskania zamówienia.

W dniu 15 lutego 2012 r. Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami i ofertami.

W piśmie z dnia 17 lutego 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawcę, że żądane dokumenty zostaną mu udostępnione w dniu 21 lutego 2012 r.

W dniu 21 lutego 2012 r. Odwołujący złożył oświadczenie, że udostępniono mu do wglądu ofert następujących wykonawców: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., Polska Telefonia Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o.; Emerson Polska Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comp S. A. i Techelon Sp. z o.o.

Czynność Zamawiającego polegająca na nieudostępnieniu części złożonych ofert, (części ofert zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: Inforsys S. A. oraz Comarch S. A., adres dla pełnomocnika: 05-250 Radzymin, Al. Jana Pawła II 24.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comp S. A. oraz Techelon Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa.

Izba ustaliła również, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., PTK Centertel Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności ofertę wykonawców Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., PTK Centertel Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując jednocześnie kopię odwołania w dniu 1 marca 2012 r. za pośrednictwem faksu.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Comp S. A. oraz Techelon Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (dalej zwani: „Przystępującym Comp”), po stronie Zamawiającego a także 2) Poczta Polska S. A.,

Intella Information Sp. z o.o., PTK Centertel Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa są skuteczne, gdyż wykonawcy zgłosili przystąpienia odpowiednio w dniach 5 marca 2012 r. oraz 1 marca 2012 r. (data wpływu pism do Prezesa Izby), tj. w 4- dniu (ponieważ 3 dzień jako dzień ustawowo wolny od pracy upływał w dniu 27 czerwca 2010 r. w niedzielę) od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 1 marca 2012 r.

Ponadto na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż odwołanie, w jego ocenie dotyczy zaniechania czynności, a Zamawiający nie uchybił terminowi i nie zaniechał żadnej czynności. W ocenie Zamawiającego odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym, co jest bezsporne, Odwołujący w dniu 15 lutego 2012 r. złożył wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami i ofertami. Zamawiający w dniu 21 lutego 2012 r. udostępnił Odwołującemu dokumentację postępowania. Na posiedzeniu Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 21 lutego 2012 r. udostępnił Odwołującemu oferty, za wyjątkiem części ofert, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Przypomnienia wymaga treść art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie wnosi się wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Na gruncie niniejszego stanu faktycznego, w ocenie Izby od daty nieudostępnienia dokumentacji, t.j. części ofert, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa rozpoczął się bieg terminu na wniesienie odwołania w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W dniu 21 lutego 2012 r. Odwołujący miał możliwość zapoznania się z ofertami. Skoro Zamawiający nie udostępnił ofert w pełnym zakresie, to należy uznać, że respektował zasadność zastrzeżenia a wykonawca miał prawo domniemywać, że Zamawiający zaakceptował takie zastrzeżenie, biorąc jednocześnie pod uwagę że Zamawiający w piśmie z dnia 17 lutego 2012 r., informującym o możliwości zapoznania się z dokumentacją postępowania nie poinformował wykonawcy że procedura badania skuteczności zastrzeżenia trwa i nie została jeszcze przez niego zakończona.

Izba tym samym nie przychyliła się do argumentacji Zamawiającego, że termin na wniesienie odwołania, rozpoczyna swój bieg z dniem 7 marca 2012 r., t.j. z momentem poinformowania o zakończeniu procedury badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba uznała, że Odwołujący dochował należytej staranności, aby zapoznać się ze złożonymi ofertami. Skoro Zamawiający przyznał, iż w dniu 21 lutego 2012 r. odmówił udostępnienia pełnej treści ofert zatem zasadnym jest uznanie, iż w świetle dyspozycji art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp „*powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia*”.

Uznając argumentację, że nie ma w ustawie Pzp terminu na zbadanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to jednak należy pamiętać że wykonawca nie może pozostawać w niepewności, co do czynności (czy też zaniechania czynności) Zamawiającego. Wykonawca w przypadku braku jakiejkolwiek informacji ze strony Zamawiającego, czekając na decyzję co do dokonania, bądź nie weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pozostawałby w niepewności, ryzykując że jego odwołanie zostanie uznane za spóźnione i w konsekwencji odrzucone przez Krajową Izbę Odwoławczą, jako wniesione po terminie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto przyznanie racji Zamawiającemu mogłoby również prowadzić do sytuacji w której, wykonawca dopiero na posiedzeniu uzyskałby informację, że Zamawiający jest w trakcie badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a odwołanie w związku z tym należałoby uznać za przedwcześnie.

Izba zauważa również, że w świetle brzmienia art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, iż podstawą odrzucenia odwołania jest jego wniesienie po upływie terminu przewidzianego ustawie, Ustawodawca nie posługuje się stwierdzeniem, że odwołanie podlega odrzuceniu w przypadku jego wniesienia z uchybieniem terminu ustawowego. Zatem, mając powyższe na względzie należało uznać, że Odwołujący w dniu 21 lutego 2012 r. zapoznając się z częścią dokumentacji (za wyjątkiem dokumentacji zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa) mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania (odmowy udostępnienia oferty w zakresie, co do którego wykonawca stwierdzał brak możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) i nie zachodzi przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania sprecyzowana w art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, podniesiona przez Zamawiającego na posiedzeniu.

Ponadto Izba nie znalazła również innych negatywnych przesłanek, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie niniejszego odwołania a wynikających z art. 189 ust. 2 pkt 2-7 ustawy Pzp.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu

na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Ponadto Izba ustaliła, że W dniu 15 lutego 2012 r. Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami i ofertami.

W piśmie z dnia 17 lutego 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawcę, że żądane dokumenty zostaną mu udostępnione w dniu 21 lutego 2012 r.

W dniu 21 lutego 2012 r. Odwołujący złożył oświadczenie, że udostępniono mu do wglądu oferty następujących wykonawców: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., Polska Telefonia Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o.; Emerson Polska Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comp S. A. i Techelon Sp. z o.o.

Czynność Zamawiającego polegająca na nieudostępnieniu części złożonych ofert, (części ofert zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inforsys S. A. oraz Comarch S. A., adres dla pełnomocnika: 05-250 Radzymin, Al. Jana Pawła II 24.

Ponadto pismem z dnia 24 lutego 2012 r. Zamawiający wystąpił do wykonawców o wyjaśnienie w zakresie zastrzeżenia przez nich w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W wyniku wezwania Zamawiającego wykonawcy, w tym m. in. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., Polska Telefonia Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o. udzielili odpowiedzi w przedmiocie zastrzeżenia oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 24 lutego 2012 r. został złożony wniosek przez wykonawcę Emerson Polska Sp. z o.o. z żądaniem odtajnienia części dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., Polska Telefonia Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący na posiedzeniu cofnął większość zarzutów, za wyjątkiem zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia załącznika nr 14 złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., Polska Telefonia Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o. do oferty, t.j. wykazu „Potencjału technicznego”.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny podtrzymanego w odwołaniu zarzutu, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron i uczestników postępowania Izba stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

Wobec cofnięcia przez Odwołującego na posiedzeniu większości zarzutów przedmiotem rozpoznania był jedynie zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego wykazu „Potencjału technicznego” złożonego przez wykonawcę w postępowaniu.

Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym powyższy zarzut potwierdził się.

Spór wniesiony niniejszym odwołaniem sprowadza się do pytania czy wykonawca zastrzegając w ofercie informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł ją prawidłowo w wyniku spełnienia łącznie wszystkich przesłanek, t.j.: (1) informacja miała ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadała wartość gospodarczą, (2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności uznając informacje zawarte w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba dała wiarę twierdzeniom Odwołującego, że informacje zawarte w załączniku nr 14 (formularz nr DP.4) „Potencjał techniczny” (str. 26 – 28), za wyjątkiem informacji zawartych w oświadczeniach zamieszczonych na str. 28 („Oświadczamy, że”; „Następujące”; „Oświadczamy, że”) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że podstawowe informacje, których wymagał Zamawiający od wykonawców, t.j. dotyczące rodzaju, producenta, typu, modelu i wydajności nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro Zamawiający w SIWZ nie postawił jakiś szczególnych, precyzyjnych wymagań związanych ze sprzętem, określił tylko ogólnie, że muszą posiadać one minimalną rozdzielczość i wskazane w wykazie maszyny nie powstały na potrzeby tego konkretnego postępowania, to nie stanowią one "know-how" tych wykonawców i jako takie nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba nie mogła również zgodzić się z argumentacją Zamawiającego i Przystępującego, że ocenie podlegała wydajność zatem biorąc pod uwagę, że w wykazie

należało wskazać wszystko czym dysponuje wykonawca zatem powyższe informacje stanowią dla wykonawcy wartość gospodarczą.

Izba nie zgodziła się również z argumentacją, że jest to informacja istotna, istotna gdyż wskazuje o pozycji wykonawcy na rynku i w tym wypadku istnieje zagrożenie, że informacja taka zostanie pozyskana przez konkurencję.

Izba uznała, że potencjał wskazany w wykazie jest globalnym potencjałem wykonawcy i nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, nie spełnia on wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie dała również wiary wyjaśnieniom, Zamawiającego i Przystępującego uznając, że zbiór wymaganych elementów zawartych w wykazie „Potencjał techniczny” nie stanowi elementów unikatowych, nie zawiera specyficznych procedur, formuł dających podstawę do zastrzeżenia całości jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba za niewystarczające uznała wyjaśnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., Polska Telefonia Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o., powołujących się na określone regulacje, jednak nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów.

W ocenie Izby w przypadku wystąpienia przez Zamawiającego o wyjaśnienia to na wykonawcy, spoczywa ciężar wykazania zaistnienia przesłanek uprawniających wykonawcę do zastrzeżenia oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do wyciągu z Umowy Konsorcjum w sprawie wspólnej realizacji zamówienia publicznego w zakresie świadczenia usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania i doręczania korespondencji za niewystarczające, zdaniem Izby, wydaje się powołanie na § 10 tej umowy, z której ogólnie wynika, że strony w ramach współpracy zobowiązane są do zachowania tajemnicy wszystkich informacji technicznych i handlowych dotyczących przedsięwzięcia, którymi to informacjami w ocenie Izby nie są informacje zawarte w wykazie „Potencjał techniczny”.

Reasumując, zatem istniały podstawy do nakazania Zamawiającemu dokonanie sprawdzenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S. A., Intella Information Sp. z o.o., PTK Centertel Sp. z o.o., pod kątem dokonanych w niej zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienie części oferty (za wyjątkiem: informacji zawartych w oświadczeniach zamieszczonych na str. 28 („Oświadczamy, że”; „Następujące”; „Oświadczamy, że ...”), w których zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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 także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, ograniczając ich wysokość do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia oraz co do uzasadnionych kosztów dojazdu na rozprawę na podstawie § 3 pkt 2 a) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....