

WYROK

z dnia 12 czerwca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2014 roku przez odwołującego: **ZETO-RZESZÓW Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Rejtana 55 35-326 Rzeszów,**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Powiatowy im. Edmunda Biernackiego, ul. Żeromskiego 22 39-300 Mielec,**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **CompuGroup Medical Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie, ul. Do Dysa 9 20-149 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum: **1) KAMSOFT S. A. z siedzibą w Katowicach (lider konsorcjum), 2) MERIDO Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie; ul. 1 Maja 133 40-235 Katowice (adres lidera konsorcjum),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: **ZETO-RZESZÓW Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie**, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez odwołującego: **ZETO-RZESZÓW Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od odwołującego: **ZETO-RZESZÓW Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Tarnobrzegu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Powiatowy im. Edmunda Biernackiego w Mielcu [zwany dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Kompleksowa informatyzacja Szpitala Powiatowego im. Edmunda Biernackiego w Mielcu wraz z integracją RCIM*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2014 roku pod numerem 2014/S 045-074908, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 21 maja 2014 roku Zamawiający przekazał wykonawcy ZETO-Rzeszów Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie informację w przedmiocie wyników badań w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, po rozpatrzeniu wyjaśnień wykonawców: CompuGroup Medical Polska Sp. z o. o., ZETO-RZESZÓW Sp. z o. o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum Kamssoft S.A. (lider konsorcjum) i Merido Sp. z o. o., w zakresie zasadności zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Natomiast w dniu 27 maja 2014 roku Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie. W dniu 28 maja 2014 roku Zamawiający przekazał tę informację wykonawcom drogą pocztową.

W dniu 30 maja 2014 roku ZETO-Rzeszów Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie [zwana dalej: „Odwołującym”] wniosła odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na nie odtajnieniu części informacji zawartych w formularzu cenowym wykonawcy CGM Sp. z o. o. i wykonawcy Kamssoft S.A., które w opinii Odwołującego nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Nadto z ostrożności procesowej podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CGM Sp. z o. o. oraz Kamssoft S.A., jako, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący wskazał, że wprawdzie nie miał możliwości wglądu do utajnionej części formularza cenowego, ale z jego doświadczenia wynikającego z udziału w podobnych postępowaniach w tym samym przedmiocie i z udziałem tych samych wykonawców, wynika, że konieczne jest zbadanie utajnionej treści ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zaniechał ujawnienia części informacji formularza cenowego, w szczególności dotyczących parametrów oferowanych przez CGM Sp. z o. o. zawartych w tabelach 1-3, 7, 9-10 oraz całości formularza cenowego Kamssoft S.A., a więc parametrów i cen oraz zaniechał ujawnienia jednego z zadań wskazanych przez Kamssoft S.A. w wykazie dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należytą realizację. Odwołujący zwrócił uwagę, że fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych jest jawność prowadzonego postępowania, która może zostać ograniczona wyłącznie w nielicznych przypadkach. Wyjątkiem od tej zasady może być zastrzeżenie w toku postępowania informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa danego uczestnika postępowania, jednak niedopuszczalna jest praktyka polegająca na wykorzystywaniu instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym uczestnikom postępowania skorzystania ze środków ochrony prawnej oraz zweryfikowania poprawności wyboru dokonanego przez Zamawiającego. W opinii Odwołującego zastrzeżenie tajemnicy informacji zawartych w ofercie CGM Sp. z o. o. zmierza do uniemożliwienia weryfikacji poprawności postępowania przez konkurencyjnych wykonawców. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok KIO 1745/13, w którym wykonawca CGM zastrzegł informacje o parametrach w postępowaniu o analogicznym przedmiocie, w którym to postępowaniu Izba nakazała odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wywodził, iż skoro dane dotyczące platformy sprzętowej stanowią pewien standard stosowany w tego typu postępowaniach, to wobec tego nie jest zrozumiałe zastrzeżenie tych danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa w jednym tylko z tych postępowań. Dodatkowo podniósł, że sprzęt, którego parametry i modele zastrzeżono w tym postępowaniu, jak i w innych postępowaniach, w których uczestniczył ten wykonawca nie stanowi skomplikowanych rozwiązań z zakresu IT, lecz jest to sprzęt powszechnie oferowany na rynku, taki jak serwery, drukarki, macierze. Nie ma więc podstaw do uznania tego typu sprzętu nie stanowiącego rozwiązania autorskiego danego wykonawcy jako potencjału technologicznego, który jako taki powinien być strzeżony przed ujawnieniem. Skoro więc wykonawca CGM Sp. z o. o. lub Kamssoft S.A. składali uprzednio oferty w tym zakresie i nie utajniali danych o parametrach lub też dane te zostały odtajnione to nie zachodzą

wszystkie przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że z uprzednio prowadzonych postępowań wynika, że oferty tych wykonawców w zakresie wskazanym w tabelach, w szczególności 1-3, 7, 9-10 są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w treści SIWZ i jako takie powinny zostać odrzucone. Odwołujący wskazał, że z uwagi na to, że Zamawiający uniemożliwił dokonanie szczegółowego wglądu w formularze cenowe szersze uzasadnienie w tym zakresie jest niemożliwe, lecz mimo to, wnosił o dokonanie badania ofert w tym zakresie.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- odtajnienia formularza cenowego w całości, w szczególności kolumn 3 i 4 każdej tabeli w ofertach obu wykonawców ;
- odtajnienia wykazu dostaw w zakresie ostatniego zadania w ofercie Kamssoft S.A.

W dniu 10 czerwca 2014 roku przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron wpłynęło pismo procesowe Odwołującego, w którym Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w odwołaniu, a nadto sprecyzował wnioski odwołania wnosząc o uwzględnienie odwołania, i:

- nakazanie unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;
- nakazanie ujawnienia treści ofert:
 - I. CompuGroup Medical Polska Sp. z o. o. w odniesieniu do informacji ujętych w kolumnach 3 i 4 w tabelach nr 1-3, nr 7 oraz nr 9-10 formularza cenowego;
 - II. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kamssoft S.A. i Merido Sp. z o. o. w odniesieniu do informacji ujętych w formularzu cenowym oraz ostatniej pozycji wykazu głównych dostaw lub usług (s. 177 oferty) wraz z dokumentami potwierdzającymi należytą realizację wskazanego tam zamówienia;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący w w/w piśmie przedstawił dodatkowe uzasadnienie interesu i możliwości poniesienia szkody w odniesieniu do formułowania zarzutów wobec oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie Kamssoft S.A. i Merido Sp. z o. o., wskazując, że pomimo, iż oferta ta została sklasyfikowana na ostatnim miejscu, to jednak przy zaistnieniu pewnych okoliczności, uznanie jej za niepodlegającą odrzuceniu będzie miało negatywny wpływ na pozycję Odwołującego.

Ponadto, przedstawił dodatkową argumentację na potwierdzenie braku podstaw do uznania treści formularza cenowego za tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując, że Zamawiający oczekiwał wskazania w ofercie konkretnych produktów z wyszczególnieniem ich nazwy, modelu, typu, numeru katalogowego i producenta, które to dane są charakterystyczne dla producentów standardowych, ujmowanych w katalogach poszczególnych producentów. Odwołujący powołał przy tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, że samo dopasowanie zaoferowanych produktów nie jest wystarczające do uznania, że efekt takiej pracy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał także, że w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczących wdrażania systemów informatycznych w związku z informatyzacją placówek opieki zdrowotnej, informacje analogiczne do tych, które utajniono w niniejszym postępowaniu, były jawne zarówno w stosunku do wykonawcy CGM, jak i konsorcjum Kamssoft, a przedmiot niniejszego postępowania nie wyróżnia się żadnymi cechami szczególnymi w stosunku do powołanych przetargów. W ocenie Odwołującego brak jest przesłanek do utrzymania niejawnego charakteru ostatniej pozycji wykazu dostaw w ofercie konsorcjum Kamssoft oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tego zamówienia. Dodał także, że o bezkrytycznym podejściu Zamawiającego do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa może świadczyć fakt, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu treści wyjaśnień CGM i konsorcjum Kamssoft, zawierających próbę uzasadnienia podstaw utajnienia części ofert.

W dniu 5 czerwca 2014 roku wykonawca CompuGroup Medical Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wnosił o oddalenie odwołania [zwany dalej: „Przystępującym I”]. Przystępujący I wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, gdyż odwołanie dotyczy czynności polegającej na zaniechaniu odtajnienia części oferty CGM oraz, że dodatkowo Odwołujący podnosi także zarzut zaniechania odrzucenia oferty CGM podczas, gdy jest to oferta najkorzystniejsza. Zatem uwzględnienie odwołania doprowadzi do utraty możliwości uzyskania zamówienia przez CGM, a nadto nieuprawniony dostęp do informacji poufnych CGM naraża spółkę na szkodę finansową.

Przystępujący I w dniu 9 czerwca 2014 roku złożył pismo procesowe, w którym wskazał, że w jego ocenie zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp nie ma wpływu na wynik postępowania i jako taki powinien zostać oddalony. Wskazał, że odwołanie nie może wywołać skutku określonego w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w postaci zmiany wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podniósł, że także ten zarzut winien zostać oddalony, ze względu na to, iż stanowi on typowy przykład zarzutu kadłubowego,

gdyż Odwołujący wskazuje jedynie na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w żaden jednak sposób nie doprecyzowując swojego żądania, ani uzasadnienia. Nie przedstawia jakichkolwiek okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających podniesienie tego zarzutu, a nadto wskazuje, że nie ma wiedzy na temat jakiegokolwiek niezgodności oferty złożonej przez CGM Polska Sp. z o. o. z treścią SIWZ. Przystępujący I stwierdził, że zarzut ten został skonstruowany niezgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz z § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, przy czym powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące na konieczność zawarcia podstawy faktycznej w treści zarzutu, która determinuje granice rozpoznania odwołania. Wskazał, że ze względu na brak wskazania w odwołaniu podstawy faktycznej w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w szczególności ze względu na brak wskazania jakichkolwiek niezgodności oferty Przystępującego I z treścią SIWZ, Izba nie może rozpatrzeć wskazanego zarzutu, gdyż nie można się domyślać o jakich niezgodnościach Odwołujący mówi. Podniósł także, że z treści odwołania wynika, że w rzeczywistości Odwołujący żąda, aby to Izba dokonała oceny ofert, albowiem Odwołujący wskazał, że ze względu na utajnienie części formularza cenowego nie jest w stanie ocenić, czy oferta Przystępującego I jest niezgodna z treścią SIWZ, czy też nie. Dodał także, iż stanowisko Odwołującego sprowadza się do tego, żeby to Izba dokonała oceny ofert. Ponadto, Przystępujący I wskazał na niekonsekwencję Odwołującego, który nie zadał sobie trudu, żeby uzyskać informację, czy Zamawiający żądał wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp czy też może dokonać poprawy omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie podniósł też zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Z kolei wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum w składzie: Kamssoft S.A. z siedzibą w Katowicach (lider konsorcjum) i MERIDO Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w dniu 6 czerwca 2014 roku [zwany dalej: „Przystępującym II”]. Przystępujący II wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, gdyż oferta Przystępującego II sklasyfikowana na trzeciej pozycji. Przystępujący II będzie miał możliwość podpisania umowy tylko w sytuacji, gdy oferty sklasyfikowane przed jego ofertą zostaną odrzucone. Odtajnienie zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, części oferty wykonawcy CGM umożliwi Przystępującemu II zweryfikowanie czynności Zamawiającego i dokonanie oceny dotyczącej ewentualnej zasadności odrzucenia oferty wykonawcy CGM. W przypadku odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, części oferty wykonawcy CGM Zamawiający zobowiązany będzie – z uwagi na dyrektywę równego traktowania wszystkich wykonawców – w sposób identyczny postąpić wobec oferty złożonej przez Odwołującego.

W toku posiedzenia w dniu 10 czerwca 2014 roku Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowana możliwością poniesienia przez niego szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W toku rozprawy Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że zarzuty są spóźnione. Zamawiający wskazał, że początek biegu 10- dniowego terminu na wniesienie odwołania w zakresie zaniechania udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, należy liczyć od dnia otwarcia ofert, lub najpóźniej od dnia 14 maja 2014 roku, kiedy to Odwołujący zapoznał się z dokumentacją postępowania. Natomiast w odpowiedzi na odwołanie złożonej w toku posiedzenia, Zamawiający wskazał, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 2 ustawy Pzp jest spóźniony i dlatego też winien pozostać nierozpoznany.

Zaznaczyć należy, że rację miał Odwołujący, wskazując, że nie ma podstaw prawnych do odrzucenia odwołania jedynie w części. W przypadku uznania, iż jedynie niektóre z zarzutów byłyby spóźnione, Izba nie ma podstaw do odrzucenia odwołania jedynie w części, lecz rozpatrując pozostałe zarzuty, które zostały wniesione w terminie, jednocześnie pozostawia bez rozpoznania zarzuty wniesione już po upływie terminu.

Niezależnie od wskazanej powyżej rozbieżności w stanowisku Zamawiającego co do skutków prawnych spóźnienia zarzutów, o których mowa powyżej, Izba stwierdziła, że zarzuty, o których mowa powyżej, Odwołujący podniósł w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp.

Mianowicie, pismem z dnia 29 kwietnia 2014 roku Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o wyznaczenie terminu wglądu w oferty konkurencji.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2014 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, iż w zakresie nie zastrzeżonym przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa może się on zapoznać z ofertami od dnia 6 maja 2014 roku oraz, że jest w trakcie weryfikacji zasadności zastrzeżenia przez wykonawców informacji zawartych w części dokumentacji ofertowej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że po otrzymaniu wyjaśnień podejmie decyzję co do udostępnienia informacji zastrzeżonych i terminie ich udostępnienia.

W dniu 14 maja 2014 roku Odwołujący zapoznał się z częścią jawną ofert.

Pismem z dnia 15 maja 2014 roku Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przedstawienie wyniku badania ofert w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich złożonych ofert.

W dniu 21 maja 2014 roku Odwołujący otrzymał odpowiedź Zamawiającego (pismo datowane na dzień 20 maja 2014 roku), z której wynikało, jakie informacje i dokumenty Zamawiający postanowił odtajnić po rozpatrzeniu wyjaśnień złożonych przez wykonawców w zakresie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, a które z tych informacji i dokumentów stanowią w dalszym ciągu tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie ulega wątpliwości, że procedura weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w ofertach wykonawców nie została uregulowana przepisami ustawy Pzp. Stąd też powstają wątpliwości co do kwestii terminu od jakiego należy liczyć bieg terminu na wniesienie odwołania co do odtajnienia treści ofert niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przyjmuje się, iż ostateczny termin na przeprowadzenie czynności związanych z weryfikacją zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyznaczony zostaje datą zakończenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W świetle okoliczności niniejszej sprawy należy uznać, że Odwołujący zachował 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, liczony od dnia 21 maja 2014 roku, tj. od dnia w którym został poinformowany o wynikach weryfikacji w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec wniesienia odwołania w dniu 30 maja 2014 roku, termin ten należy uznać za zachowany.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wykonawców złożonych w przedmiotowym postępowaniu, informacji

o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także korespondencji stron oraz dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku rozprawy.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że pomimo, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, o czym będzie mowa poniżej, to jednak nie przesądza to o możliwości uwzględnienia odwołania. Nie wystarczy bowiem samo stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego oraz podniesienie odpowiedniego zarzutu przez wykonawcę, który miał w tym interes i poniósł szkodę.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z przepisu tego wynika, że nie każde naruszenie przepisów ustawy Pzp prowadzi do uwzględnienia odwołania. Musi być to bowiem naruszenie kwalifikowane, skutkujące zmianą lub możliwością zmiany wyniku postępowania. W ocenie Izby naruszenie przez Zamawiającego przepisów w zakresie, o którym mowa powyżej, nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania.

Wskazując na naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia części informacji formularza cenowego, w szczególności dotyczących parametrów oferowanych przez Przystępującego I zawartych w tabelach 1-3, 7, 9-10 oraz całości formularza cenowego Przystępującego II oraz zaniechanie ujawnienia jednego z zadań wskazanych Przystępującego II w wykazie dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należytą realizację, Izba wskazuje, co następuje.

Zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność, co wynika wprost z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Ograniczenie przez Zamawiającego dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może nastąpić, na zasadzie art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast stosownie do art. 8 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli

wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Przystępujący I składając ofertę zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w Formularzu cenowym (załącznik nr 1 do Formularza oferty) oraz Wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia. Odwołujący także zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w Formularzu cenowym (załącznik nr 1 do Formularza oferty), a także Wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych dostaw wraz z referencjami, Wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, Zobowiązanie do udostępnienia potencjału, Zobowiązanie do udostępnienia pracownika, certyfikaty. Z kolei Przystępujący II składając ofertę zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w Formularzu cenowym (załącznik nr 1 do Formularza oferty), Opis przedmiotu zamówienia, Wykaz wykonanych dostaw, Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw, Wykaz osób.

Zamawiający pismami datowanymi na dzień 30 kwietnia 2014 roku wezwał wykonawców do wskazania i uzasadnienia przesłanek zastrzeżenia w/w informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wszyscy wykonawcy złożyli wyjaśnienia w tym zakresie, przy czym obaj Przystępujący wskazali jednocześnie, iż wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 21 maja 2014 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku weryfikacji i wskazał, że:

- 1) w zakresie oferty złożonej przez wykonawcę CompuGroup Medical Polska Sp. z o. o. Zamawiający odtajnił dane zawarte w kolumnach 1-2, 5-12 tabel w formularzu cenowym oraz dane zawarte w kolumnach 3-4 w tabelach 4, 5, 6, 8, 11 i 12. W pozostałym zakresie zastrzeżone informacje i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2) w zakresie oferty złożonej przez wykonawców Kamssoft S.A. (lider konsorcjum) i Merido Sp. z o. o., Zamawiający odtajnił załącznik nr 5 – Wykaz wykonanych dostaw z wyjątkiem zamówienia opisanego w ostatnim wierszu wykazu wykonanych dostaw oraz załącznik nr 6 – Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw z wyjątkiem dokumentu złożonego na 184 stronie oferty. W pozostałym zakresie zastrzeżone informacje i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 3) w zakresie oferty złożonej przez wykonawcę ZETO-Rzeszów Sp. z o. o. informacje i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odwołaniu Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia formularza cenowego w całości, w szczególności kolumn 3 i 4 każdej tabeli w ofertach obu Przystępujących oraz odtajnienia wykazu dostaw w zakresie ostatniego zadania w ofercie Przystępującego II.

Zamawiający w załączniku Nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawarł wzór umowy z załącznikami. Zgodnie z § 41 ust. 1 lit. e) wzoru umowy załącznikiem do umowy, stanowiącym jej integralną część jest także Załącznik Nr 5 – Cennik (Formularz oferty wraz z Formularzem Cenowym). Jednocześnie wskazane zostało, że załączniki Nr 1, 2, 3, 4, 5 są kopiami odpowiednich części oferty wybranego Wykonawcy. W § 30 wzoru umowy dotyczącym wynagrodzenia wykonawcy zawarto szereg odniesień do Cennika (czyli do Formularza cenowego).

Zatem, Formularz cenowy utajniony w części przez Przystępującego I oraz w całości przez Przystępującego II i przez Odwołującego miał być załącznikiem do umowy, w takiej postaci w jakiej został załączony on do oferty.

Zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.

Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej [Dz. U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.], stanowiąc generalną zasadę udostępniania informacji publicznej, przewiduje różne sposoby jej udostępniania. Art. 5 ust. 2 zd. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej stanowi, iż prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy.

Jednak ograniczenie to nie dotyczy umów w sprawie zamówień publicznych, co znajduje odzwierciedlenie w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 lutego 2012 roku [sygn. akt: I OSK 2215/11], w którym NSA wskazał, że *„Z kolei, zgodnie z art. 139 ust. 3 cyt. ustawy umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. A zatem do spraw wszczętych w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej podmiot zobowiązany do jej udzielenia stosuje przepisy tej ustawy przy uwzględnieniu szczególnych unormowań ustawy - Prawo zamówień publicznych. Jawność umów w sprawach zamówień publicznych na gruncie ustawy o dostępie do informacji publicznej wyłącza możliwość odmowy ich udostępnienia z powołaniem się na którąkolwiek z tajemnic ustawowo chronionych. Nie jest zatem dopuszczalne wydanie decyzji odmawiającej udostępnienia umów w sprawach zamówień publicznych, gdyż są one jawne. W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego tego rodzaju regulacja prawna zawarta w ustawie Prawo zamówień publicznych nie oznacza, że inne niż umowy dokumenty dotyczące postępowań*

przetargowych i szeroko pojętej realizacji zamówień nie zawierają informacji publicznej i nie podlegają udostępnieniu. Ustawa ta zawiera uregulowania szczególne, które należy uwzględnić przy stosowaniu trybu dostępu do informacji publicznej”.

Skoro więc, jawność umów w sprawach zamówień publicznych wyłącza możliwość odmowy ich udostępnienia z powołaniem się na którąkolwiek z tajemnic ustawowo chronionych, w tym na tajemnicę przedsiębiorstwa, to należy uznać za niedopuszczalne utajnienie dokumentów, które następnie będą stanowić integralną część umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że *jeżeli pewne informacje zostały ujawnione lub zostaną ujawnione po podpisaniu umowy, to tracą one przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa* [por. wyrok KIO z dnia 17 maja 2013 r., sygn. akt KIO 938/13].

Wobec powyższego stwierdzić należy, że informacje zawarte w Formularzu cenowym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, dlatego też zarzut zaniechania ujawnienia informacji zawartych w formularzu cenowym obu Przystępujących jest zasadny. Niemniej jednak z uwagi na to, że nie ma on wpływu na wynik przedmiotowego postępowania to nie może być on podstawą do uwzględnienia odwołania.

Odnosząc się do zasadności utajnienia jednego z zadań wskazanych Przystępującego II w wykazie dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należytą realizację, wskazać należy, że także to zastrzeżenie budzi wątpliwości, w świetle wyjaśnień złożonych przez Przystępującego II w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby są one zbyt ogólnikowe i nie wyjaśniają rzetelnie przesłanek uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Warto powołać w tym miejscu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2012 roku [sygn. akt KIO 2411/12] zgodnie z którym *„nawet w przypadku zadań wykonanych na rzecz podmiotów prywatnych, należy wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a sam fakt niepublicznego charakteru odbiorców usług nie uzasadnia automatycznie zasadności wyłączenia jawności informacji o tych usługach”.*

Izba wskazuje, że samo uznanie, że Zamawiający niezasadnie ograniczył dostęp do informacji zawartych w ofertach wykonawców, nieprawidłowo stwierdzając, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, nie przesądza o możliwości wpływu tego naruszenia na wynik postępowania. Zamawiający dokonał badania i oceny ofert, i w konsekwencji uznał, że oferty wszystkich wykonawców spełniają wskazane przez niego wymagania, a w zależności do zaoferowanej ceny przyznał im różną punktację, wybierając jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę CompuGroup Medical Polska Sp. z o. o.

W ocenie Izby o możliwości ewentualnego wpływu na wynik postępowania mogłoby stanowić potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, który podniósł Odwołujący z ostrożności procesowej.

Jednakże sposób sformułowania powyższego zarzutu przez Odwołującego należy uznać za nieprawidłowy. W konsekwencji zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp nie będzie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Zakres orzekania Izby wyznacza treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, iż Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba za podstawę orzekania może wziąć tylko te zarzuty, które zostały podniesione w odwołaniu. Nie może brać pod uwagę zarzutów, które pojawiły się dopiero na rozprawie. Nie może też uwzględniać naruszeń prawa wykrytych w toku postępowania odwoławczego, ale niebędących przedmiotem zarzutów.

O prawidłowej konstrukcji zarzutu przesądza w szczególności wskazanie okoliczności prawnych i faktycznych stanowiących uzasadnienie zarzutu.

Odwołujący w treści odwołania, podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał jedynie, że *„Konieczne jest również z ostrożności procesowej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty CGM Sp. z o. o. oraz Kamssoft S.A. jako, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ”* oraz, że *„Biorąc również pod uwagę uprzednie postępowania należy wskazać, że oferty tych wykonawców w zakresie wskazanym w tabelach w szczególności 1-3, 7, 9-10 są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w treści SIWZ i jako takie powinny zostać odrzucone”*.

Odwołujący nie wskazał z jakimi postanowieniami SIWZ niezgodne są oferty obu Przystępujących, nie wskazał czego dotyczy ta niezgodność, nie przedstawił również żadnych dowodów w tym zakresie. Prowadzi to do konstatacji, że Odwołujący oczekiwał od Izby dokonania czynności oceny ofert.

Z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że Izba może oceniać wyłącznie legalność czynności lub zaniechań zamawiającego. Natomiast rozpoznanie zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp prowadziłoby do wniosku, że Izba nie tyle oceniałaby legalność czynności zamawiającego, ile musiałby jej sama dokonać, co nie mieści się w ramach postępowania odwoławczego i jest niedopuszczalne. To do Zamawiającego należy przeprowadzenie czynności w postaci badania i oceny ofert, natomiast zadaniem Izby jest ocena czy czynności bądź zaniechania Zamawiającego są niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Granice orzekania Izby zostały wyraźnie określone przepisami prawa, w szczególności art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, i nie może tego zmienić nawet fakt, że Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się uprzednio z informacjami zawartymi w formularzach cenowych pozostałych wykonawców.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 3 pkt 1 lit. a), § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: