

Sygn. akt: KIO 1596/14

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04 sierpnia 2014 r. przez **Odwołującego** - GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa

przy udziale **Wykonawcy** – Decsoft S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych wraz z 45-miesięcznym serwisem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 kwietnia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 084-146405.

Odwołujący GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym podniósł naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów: art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej „*uznK*” poprzez zaniechanie odtajnienia treści oferty Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie w części dotyczącej Formularza ofertowego (zgodnie z załącznikiem nr 1a do SIWZ), mimo iż informacje w nim zawarte nie spełniają przesłanek pozwalających na zastrzeżenie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu *uznK*; art. 7 ust 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia treści Formularza ofertowego wykonawcy Decsoft S.A., ponieważ informacje w nim zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu *uznK*.

W dniu 24 lipca 2014 r. Odwołujący zapoznał się z treścią złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu, w tym m. in. z ofertą Decsoft S.A. Zamawiający zaniechał udostępnienia Formularza ofertowego złożonego przez Decsoft S.A. w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, Zamawiający uznał skuteczność zastrzeżenia dokonanego przez tego wykonawcę, przez co w ocenie Odwołującego naruszył zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący uznał, że dokument zastrzeżony przez Wykonawcę Decsoft S.A., tj. część Formularza ofertowego dotyczącego zaoferowanego przez tego wykonawcę sprzętu, nie spełnia przesłanek do uznania przedmiotowego dokumentu za tajemnicę przedsiębiorstwa. W szczególności Odwołujący zauważył, że zakres oferowanego sprzętu (wraz z informacjami o producencie, modelu, typie oraz wersji) nie mogą być uznane za informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne czy posiadające wartość gospodarczą. Wykonawca Decsoft S.A. jako jedyny z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz oferowanego sprzętu zawarty w pkt V

Formularza ofertowego (Formularz cenowy).

W Rozdziale II pkt I SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) Zamawiający w sposób dokładny i szczegółowy opisał cechy i funkcjonalności urządzeń opisanych jako: drukarka D1 (mała), drukarka D2 (średnia), drukarka D3 (duża A3), urządzenie wielofunkcyjne typu M1 (małe), urządzenie wielofunkcyjne typu M2 (średnie), urządzenie wielofunkcyjne typu M3 (duże), urządzenie wielofunkcyjne typu M4 (kolorowe A3). Dodatkowo, Zamawiający opisał wymagania wspólne dla wszystkich urządzeń oraz urządzeń wielofunkcyjnych, jak również wymagania dotyczące wydruku poufnego i podążającego. Zgodnie z pkt V Formularza ofertowego, wykonawcy zobowiązani byli wypełnić tabelę formularza cenowego, podając dla poszczególnych urządzeń (D1, D2, D3, M1, M2, M3 i M4) nazwę producenta, model typ i wersie oferowanego sprzętu. Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiane przez Zamawiającego urządzenia nie są urządzeniami prototypowymi, czy wymagającymi dostosowania do potrzeb Zamawiającego (pkt V Formularza ofertowego).

Odwołujący podkreślił, że wypełnianie tabeli zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt V Formularza ofertowego, nie wymaga od wykonawcy działania twórczego, a jedynie podania nazwy oferowanego sprzętu celem weryfikacji, czy oferowanego rozwiązanie spełnia wymagania Zamawiającego opisane szczegółowo w rozdziale II pkt I SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia). Podkreślił, że sprzęt, który jest oferowany w toku niniejszego postępowania jest sprzętem powszechnie funkcjonującym na rynku, a jego właściwości są opisane przez producentów w kartach katalogowych produktu, jak również dostępne są na stronach internetowych.

Odwołujący wskazywał, że zestawienie sprzętu oferowanego przez poszczególnych wykonawców, z których żaden nie zastrzegł pkt V Formularza ofertowego (formularza cenowego) jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest podobne, a jedyne różnice dotyczą nazw urządzeń i wynikają wyłącznie z faktu, iż w świetle postanowień SIWZ możliwe było wskazanie urządzeń różnych producentów. Treść dokumentu Formularza cenowego nie jest zestawieniem unikalnym i ujawniającym parametry urządzeń wyprodukowanych na potrzeby postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Tym samym, zdaniem Odwołującego, informacje o zaoferowanych przez Decsoft S.A. urządzeniach nie stanowią informacji o charakterze technicznym, technologicznym, czy posiadającym wartość gospodarczą dla wykonawcy, a w efekcie nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślał, także, że nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, których wykonawca po prostu nie chce ujawnić, chociaż posiadają ogólny charakter i nie spełniają wszystkich przesłanek uznania ich za tajemnicę

przedsiębiorstwa, określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego wpisanie do treści tabeli formularza nazwy producent, modelu, typu i wersji oferowanego rozwiązania ma na celu jedynie dokonanie wyceny oferowanego przez wykonawcę rozwiązania oraz weryfikację jego zgodności z postanowieniami SIWZ.

Nadto Odwołujący podkreślał, że wskazany formularz cenowy wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza przez Zamawiającego będzie stanowił załącznik nr 1 do umowy, a w przypadku dostarczenia określonej partii urządzeń podpisywany będzie Protokół odbioru (zbiorczy/jednostkowy) stanowiący Załącznik nr 3 do umowy. Do treści przedmiotowego dokumentu należy wpisać ilość sprzętu, producenta, model, typ, wersję oraz numery fabryczne (tj. informacje zastrzeżone przez Decsoft S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa). Tym samym, w ocenie Odwołującego, objęcie przez Decsoft S.A. ochroną informacji dotyczących nazwy oferowanego sprzętu jest pozorne, gdyż w przypadku wyboru oferty tego wykonawcy, informacje te utracą charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający uznając skuteczność zastrzeżenia przez Decsoft S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w postaci nazwy producenta, modelu, typu i wersji oferowanego sprzętu, w sposób rażący naruszył przepisy regulujące prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Informacje zastrzeżone przez Decsoft S.A. nawet przy najszerszej wykładni art. 11 ust. 4 uznk nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z treścią powołanego przepisu. W związku z tym, zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu treści Formularza ofertowego Decsoft S.A. dotyczącego oferowanego przez tego wykonawcę rozwiązania stanowi naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 04 sierpnia 2014 roku. W treści odwołania wskazał, że informację stanowiącą podstawę odwołania powziął 24 lipca 2014 roku. W tym dniu Zamawiający odmówił Odwołującemu udostępnienia części oferty Wykonawcy Decsoft S.A., zastrzeżonej przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego, 24 lipca 2014 roku Zamawiający wskazał (ustnie)

Odwołującemu powód, dla którego nie dokonał odtajnienia dokumentacji. Podkreślił także, że Odwołującemu przedstawione zostało pismo z 22 lipca 2014 roku skierowane do Wykonawcy Decsoft S.A. W piśmie tym Zamawiający wezwał Wykonawcę Decsoft S.A. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w części oferty tego wykonawcy. W piśmie tym określono termin, do którego Wykonawca zobowiązany był złożyć wyjaśnienia, tj. 28 lipca 2014 roku. Treść wyjaśnień Wykonawcy Decsoft S.A. w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wpłynęła do Zamawiającego w dniu 25 lipca 2014 roku. Z powyższego wynika zatem, że w dniu 24 lipca 2014 roku Zamawiający był w trakcie czynności badania i wyjaśniania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy Decsoft S.A.

W ocenie Izby odwołanie zostało wniesione przedwcześnie. Zamawiający w dniu 24 lipca 2014 roku nie zakończył czynności badania i oceny oferty Wykonawcy Decsoft S.A., w tym nie zakończył procedury wyjaśnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie tego Wykonawcy. Skoro Zamawiający nie wyraził ostatecznego stanowiska co do odtajnienia lub braku odtajnienia dokumentów w ofercie Wykonawcy Decsoft S.A. i wskazał wyraźnie Odwołującemu, że jest w trakcie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to odwołanie należy uznać za wniesione przedwcześnie. W sytuacji, gdy brak jest ostatecznej decyzji Zamawiającego co do skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę Decsoft S.A. części oferty jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, brak jest jego decyzji (w formie pisemnej) w tym przedmiocie, to brak jest także podstawy do wniesienia odwołania.

W ocenie Izby nie można stwierdzić, jak wskazał to Odwołujący w treści odwołania, że Zamawiający w dniu 24 lipca 2014 roku uznał skuteczność zastrzeżenia dokonanego przez tego wykonawcę, a tym samym w ocenie Odwołującego naruszył zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wynika z oświadczenia Zamawiającego, czemu nie zaprzeczył Odwołujący, w dniu 24 lipca 2014 roku Odwołujący powziął wiadomość, że Zamawiający jest w trakcie badania i wyjaśniania skuteczności zastrzeżenia dokumentów ofercie Wykonawcy Decsoft S.A. Tym samym nie można uznać, że w dniu 24 lipca 2014 roku Zamawiający dokonał już ostatecznej czynności utrzymania tajności dokumentów w ofercie Wykonawcy Decsoft S.A.

Wątpliwości może także budzić wykazanie przez Odwołującego interesu do wniesienia odwołania, w sytuacji, gdy Zamawiający nie podjął czynności, od której Odwołujący wnosi odwołanie. Izba bada istnienie przesłanek określonych w art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych na chwilę wniesienia odwołania.

Stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. O ile bezsporne jest, że Odwołujący w niniejszym postępowaniu dąży do uzyskania przedmiotowego zamówienia, to nie można w ocenie Izby stwierdzić, czy Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów postępowania. Aby można było stwierdzić, czy Zamawiający faktycznie naruszył przepisy postępowania, Zamawiający musi dokonać określonej czynności lub zaniechać jej dokonania. Czynność Zamawiającego (jego decyzja) musi zostać wyrażona przez Zamawiającego w formie wskazanej w treści SIWZ. Zamawiający, jak ustalono powyżej, w dniu 24 lipca 2014 roku był w trakcie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy Decsoft S.A. Poinformował o tym fakcie Odwołującego, przedstawiając mu pismo, w którym wyznaczył Wykonawcy Decsoft S.A. termin na złożenie wyjaśnień w przedmiocie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie. W ocenie Izby zatem, na dzień 24 lipca 2014 roku Zamawiający nie dokonał czynności w zakresie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy Decsoft S.A. (tj. czynności odtajnienia dokumentów w ofercie oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa lub braku odtajnienia tych dokumentów), gdyż był w trakcie badania i oceny skuteczności takiego zastrzeżenia (analogicznie jak w przypadku trwania czynności badania i oceny ofert Wykonawców nie jest możliwe wniesienie odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej lub w zakresie czynności odrzucenia oferty). Skoro więc Zamawiający nie zakończył jeszcze czynności badania oraz nie zaniechał dokonania takiej czynności w przedmiocie odtajnienia lub braku odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy Decsoft S.A., nie można stwierdzić, czy naruszył przepisy ustawy. W ocenie Izby, Zamawiający dokonuje czynności w przedmiocie odtajnienia lub braku odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w chwili, gdy przedstawi Wykonawcom oświadczenie pisemne w tym zakresie, lub też w chwili, gdy przedstawi Wykonawcom informację o wyniku postępowania. Informacja ta jest bowiem dokumentem, który oznacza, że Zamawiający zakończył czynności badania i oceny ofert w każdym zakresie (w tym także w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw przez wykonawców).

Czynność zakończenia badania i oceny ofert nastąpiła w dniu 14 sierpnia 2014 roku. W tym dniu Zamawiający przedstawił Wykonawcom informacje o wyniku postępowania. W ocenie Izby Odwołujący ma zatem możliwość wniesienia odwołania na czynność braku odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa od dnia 14 sierpnia 2014 roku.

Wobec zaś braku zakończenia czynności badania i oceny ofert przez Zamawiającego w dniu 24 lipca 2014 roku, Odwołujący nie był uprawniony do wniesienia odwołania. Na dzień złożenia odwołania, w ocenie Izby nie można było stwierdzić, czy Zamawiający naruszył przepisy postępowania. Tym samym, w ocenie Izby, można uznać, że na dzień wniesienia odwołania, Odwołujący nie posiadał interesu do wniesienia odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....