

Sygn. akt: KIO 706/12

## WYROK

z dnia 24 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **"Qumak-Sekom" S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa;**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy **CA Consulting S.A., Al. Jerozolimskie 81, 02-001 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- C. wykonawcy **ATM Systemy Informatyczne S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **"Qumak-Sekom" S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **"Qumak-Sekom" S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od "**Qumak-Sekom**" S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa na rzecz **Skarbu Państwa - Ministerstwa Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, 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

Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu wraz z usługami towarzyszącymi dostawie oraz migrację systemów informatycznych resortu Finansów.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

30 marca 2012 r. zamawiający udostępnił wykonawcy „Qumak-Sekom” S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (dalej: „odwołujący” lub „Qumak-Sekom”) protokół postępowania - w tym oferty wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia – w części jawnej.

10 kwietnia 2012 r. Qumak-Sekom wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 96 i art. 8 Pzp, poprzez nieudostępnienie odwołującemu dokumentacji, stanowiącej integralną część ofert wykonawców: Betacom S.A, ul. Połczyńska 31 A, 01-377 Warszawa (dalej: „Betacom”), CA Consulting S.A., Al. Jerozolimskie 81, 02-001 Warszawa (dalej: „CA Consalting”), Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (dalej: „Asseco”), ATM Systemy Informatyczne S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa (dalej: „ATM”), SMT Software S.A., ul. Józefa Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław (dalej: „SMT”), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum Intertading System Technology Sp. z o.o. oraz IT Works S.A., Al. Jerozolimskie 56C, 00-803 Warszawa (dalej: „konsorcjum”), która w świetle obowiązującego prawa - zdaniem odwołującego - nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i być uznaną jako tajna dla pozostałych oferentów;
2. art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 21 ust. 4 Pzp, poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wykonywania przez nich czynności w tym postępowaniu osób, które z mocy prawa podlegają wyłączeniu.

Oumak- Sekom wnosił o:

- udostępnienie odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawców: Betacom, CA Consulting, Asseco, ATM, SMT i konsorcjum dokumentów, które nie zawierają, zgodnie z przepisami prawa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;
- wyłączenie z postępowania osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj.: Magdalena Jankowska, Tomasz Wójcik, Dariusz Szpakowski, Dariusz Stachowiak, Zbigniewa S. Borowiec, Piotr Celiński.

W uzasadnieniu odwołania Qumak-Sekom podnosił, że wykonawcy Betacom, CA Consulting, Asseco, ATM, SMT i konsorcjum niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz zasadami współzycia społecznego, dokonali zastrzeżenia jawności następujących części w swoich ofertach:

1. formularza ofertowego w części szczegółowego zestawienia do formularza ofertowego: Sekcja A, Sekcja AI, Sekcja A2, Sekcja BI, Sekcja B2, Sekcja B3, Sekcja C, Sekcja D, Sekcja E, Sekcja F, Sekcja G;
2. dokumentów potwierdzających zdolność ekonomiczną i finansową tj.:
  - a) opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę co najmniej 15.000.000 zł (słownie: piętnaście milionów złotych), nie ograniczonego liczbą zdarzeń, ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie,
  - b) informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym(ej) wykonawca posiada rachunek, potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości co najmniej 30.000.000 zł (słownie: trzydzieści milionów złotych),
  - c) dokumentów wymienionych w pkt a i b ust. 2 jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy, polega na zdolnościach finansowych i ekonomicznych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy;
3. wykazu wykonanych dostaw i usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie tj.:
  - a) uzyskanych w wyniku realizacji umów zawartych w trybie zamówienia publicznego,
  - b) o których wykonawcy jako podmioty występujące na giełdzie czyli spółki akcyjne publiczne przekazywały takie informacje na Giełdę Papierów Wartościowych,

- c) o których wykonawcy sami informowali na własnych stronach webowych oraz w innych środkach masowego przekazu co uczyniło te informacje powszechnie dostępne;
  - d) dokumentów wymienionych w pkt. a, b i c ust. 3 jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunku zgodnie z postanowieniami art. 2b ust. 2b ustawy, polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków;
4. dokumentów określających podwykonawców i częściach zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom;
  5. dokumentów o podmiotach używających zasobów oraz dokumentów tych podmiotów;
  6. oświadczenia wykonawcy o częściach zamówienia jakie zamierza powierzyć podwykonawcy(om);
  7. wyników testów SPEC oferowanych serwerów będących załącznikiem do formularza ofertowego.

Odwołujący wyjaśniał, że w prowadzonym postępowaniu oferenci nie tworzą żadnych nowatorskich koncepcji, a bazują na jawnej dokumentacji i specyfikacji technicznej otrzymanej od zamawiającego. W związku z tym spółki Betacom, CA Consulting, Assec, ATM, SMT i konsorcjum nie mają prawa utajniania danych technicznych i nazw oferowanego przedmiotu zamówienia, przygotowanego na podstawie ogólnie dostępnych wymagań zamawiającego, bowiem nie jest to w żadnej mierze tajemnica przedsiębiorstwa tego oferenta. Odwołujący zwracał uwagę, że analogicznie sytuacja wygląda z doświadczeniem i referencjami zdobytymi na rynku publicznym oraz tych, które zostały już udostępnione osobom trzecim, czy też opublikowane zostały na Giełdzie Papierów Wartościowych.

Qumak-Sekom wskazywał, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp oferty są jawne od dnia ich otwarcia, bezpośrednio po otwarciu ofert wykonawcom przysługuje prawo wglądu do złożonych ofert. Z tego powodu zamawiający powinien niezwłocznie przystąpić do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i od wyników tej oceny uzależnić zakres udostępnionych innym wykonawcom dokumentów ofertowych. Nie zgadzał się ze stanowiskiem, że zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa można wszystkie informacje, które nie są zakazane przez ustawę. Zastrzeżenie takie możliwie jest jedynie przy spełnieniu ustawowych przesłanek, niewystarczający jest brak wyraźnego ustawowego zakazu zastrzeżenia określonych informacji.

Powołując się na orzecznictwo Izby podnosił, że kwestia, czy przedmiotowa dostawa na rzecz podmiotu publicznego realizowana była w trybie zamówień publicznych ma

zasadnicze znaczenie dla oceny dopuszczalności zastrzeżenia dotyczących jej informacji, przesądza bowiem o powszechnym dostępie do wiadomości na jej temat. Trudno zakładać, że fakt realizacji zamówienia publicznego został objęty poufnością, natomiast informacja możliwa do pozyskania przez zainteresowany podmiot w zwykły sposób nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślał, że fakt, iż informacje na temat działalności wykonawcy mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaznaczał także, iż w omawianym przypadku to na wykonawcach spoczywa ciężar dowodowy dla wykazania, że zgodnie z przepisami prawa dokonali zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uzasadniając drugi z zarzutów wskazywał, że w rozpoznawanym postępowaniu złożono siedem ofert. Przy czym każdy z wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie oferował nie tylko własne usługi, ale i produkty (sprzęt i oprogramowanie) podmiotów trzecich. Udział tych produktów w wartości całości oferty jest dość znaczny. W praktyce oferowana przez wykonawców platforma sprzętowo informatyczna może pochodzić przede wszystkim od takich wykonawców jak IBM, Oracle, Hewlett Packard, Dell. W ocenie odwołującego oznacza to, że każdy z tych producentów ma bezpośredni interes w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania pomimo tego, że sam formalnie nie ubiega się o dane zamówienie. Ponadto każdy z tych producentów ma ściśle i bezpośrednio gospodarcze związki z poszczególnymi wykonawcami, a dotyczące tego właśnie postępowania. Stąd też udział w niniejszym postępowaniu, w charakterze osób wykonujących czynności w postępowaniu, osób mających związki z producentami sprzętu, a przez to i konkretnymi ich partnerami gospodarczymi jest niedopuszczalny gdyż może mieć to wpływ na wynik postępowania. Osoby takie bowiem, nawet niekoniecznie intencjonalnie mogą zmierzać do tego, aby działać na korzyść swojego pracodawcy poprzez dokonanie wyboru wykonawcy oferującego platformę informatyczną konkretnego producenta.

W opinii Qumak-Sekom z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdyż następujące osoby, tj. Magdalena Jankowska, Tomasz Wójcik, Dariusz Szpakowski, Dariusz Stachowiak, Zbigniew S. Borowiec są pracownikami spółki Hewlett Packard a jednocześnie zostały powołane przez zamawiającego jako biegli w tym postępowaniu.

Zdaniem odwołującego sytuacji takiej nie można tolerować, gdyż stwarza to potencjalne ryzyko braku obiektywizmu ze strony tych osób, a także możliwość działania sprzecznego z zasadami nieuczciwej konkurencji jak i nawet wprowadzenia w błąd samego zamawiającego.

Ponadto wskazywał, że z dostępnych części ofert wynika, że na bazie platformy sprzętowo informatycznej Hewlett Packard skonstruowano oferty wykonawców: Betacom, Asseco, ATM, SMT i konsorcjum. W ocenie odwołującego z powyższego wynika, że osoby występujące w charakterze biegłych pozostają w faktycznym związku z ww. wykonawcami, a to niewątpliwie może budzić uzasadnione wątpliwości odnośnie ich bezstronności.

10 kwietnia 2012 r. Qumak-Sekom przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

23 kwietnia 2012 r. podczas rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu podnosił:

Zarzut dotyczący nieudostępnienia dokumentacji, która w ocenie odwołującego nie stanowiła tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający wyjaśniał, że powziąwszy uzasadnione wątpliwości, co do możliwości zastrzegania zarówno przez wykonawców jak i przez odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa szeregu informacji zawartych w ofertach, poproszono ich w dniu 11 kwietnia 2012 r. o wyjaśnienie zasadności takiego działania. Wobec powyższego zdaniem zamawiającego czynienie zarzutu dotyczącego nieudostępnienia dokumentacji nie stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa uznać należy za przedwcześnie, bowiem zarówno w dacie zapoznawania się odwołującego z treścią ofert (co nastąpiło 30 marca 2012 r.) jak i w dacie wniesienia niniejszego odwołania zamawiający nie zakończył prac mających na celu weryfikację oświadczeń wykonawców.

Zamawiający podkreślał, iż czynność odtajniania informacji musi być przeprowadzana z maksymalną starannością ze względu na fakt, iż jej dokonanie ma charakter nieodwracalny - raz ujawnione informacje nie mogą później stać się niejawne. Ponadto ujawnienie przez zamawiającego informacji stanowiących w rzeczywistości tajemnicę przedsiębiorstwa może narazić go na odpowiedzialność cywilnoprawną ze strony wykonawców. Z tych powodów weryfikacja oświadczeń musi zostać dokonana szczególnie rzetelnie i skrupulatnie, co oczywiście wiąże się z czasochłonnością. Zamawiający zapewniał, iż ostateczna weryfikacja zasadności złożonych przez wykonawców zastrzeżeń w tym zakresie, nastąpi najpóźniej w dniu wyboru najkorzystniejszej oferty bądź unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 21 ust. 4 ustawy Pzp.  
Zamawiający uznał powyższy zarzut za całkowicie chybiony, gdyż firma HP Polska Sp. z o.o., w której zatrudnione są osoby wskazane w treści odwołania nie ubiegała się ani też nie ubiega się

o przedmiotowe zamówienie i nie złożyła oferty w przedmiotowym postępowaniu. Natomiast fakt, iż kilku wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, oparło swoje propozycje ofertowe wykonania „platformy sprzętowo-informatycznej” o produkty firmy HP nie powoduje nadania firmie HP Polska Sp. z o.o. statusu wykonawcy, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp. A w konsekwencji tego, nie stanowi o obowiązku zamawiającego wyłączenia z postępowania osób wskazanych w odwołaniu. Zamawiający podnosił, że zapewne nie przypadkowo odwołujący, w treści ostatniego zdania rozpoczynającego się na str. 10 odwołania, pominął ten fakt, wadliwie przywołując powyższy przepis w następujący sposób - wskazuje jedynie na pozostawanie [przepis wskazuje jednoznacznie „z wykonawcą”, co Odwołujący pominął] w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności danych osób.”

Ponadto, na marginesie, zamawiający wskazuje, iż zarzut odwołującego w tym zakresie jest podnoszony po terminie, o którym mowa w art.182 ust. 3 pkt. 1 Pzp. Wyjaśniał, że firma HP Polska sp. z o.o. wraz z firmą HP Slovakia s.r.o. były członkami Konsorcjum, które wygrało publiczny przetarg prowadzony w trybie ustawy Pzp na opracowanie, na podstawie własnej koncepcji, Studium Projektowego Konsolidacji i Centralizacji Systemów Celnych i Podatkowych (SPKiCSP) w resorcie finansów. Studium to stało się de facto Opisem Przedmiotu Zamówienia w niniejszym postępowaniu i miało zasadniczy wpływ na kształtowanie zarówno warunków udziału w postępowaniu jak i kryteriów oceny ofert. Już w treści, umowy na wykonanie Studium, wskazano jako osoby odpowiedzialne za realizację umowy ze strony wykonawców p. Tomasza Wójcika i p. Magdalenę Jankowską. Z analizy całokształtu umowy „konceptyjnej” (umowy opracowania studium) wynika, iż osoby te będą wykonywać czynności, w tym czynności biegłego, w postępowaniu „wykonawczym” na „dostawę sprzętu wraz z usługami towarzyszącymi dostawie oraz migrację systemów informatycznych resortu Finansów”. Przykładowo zgodnie z załącznikiem nr 3 do Umowy „konceptyjnej” - Wymagania dla nadzoru autorskiego ROZDZIAŁ II PKT. 9 ZADANIE 9 "Wykonawca (...) musi delegować swoich przedstawicieli w roli ekspertów do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych i ich realizacji w zakresie objętych SPKiCSCP”.

Wskazane w treści odwołania osoby powołane zostały przez zamawiającego jako biegli (Sekcja III.3 protokołu postępowania), i jako biegli złożyli pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenia o braku okoliczności o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, w tym o tym, iż nie pozostają z wykonawcami w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który mógłby budzić uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności (osoba wskazana w poz.1- w dniu 4 kwietnia, pozostałe osoby -w dniu 26 marca 2012 r.)

Zamawiający podkreśla, iż udział i rola firmy HP Polska sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu nie była ukrywana przez zamawiającego a przeciwnie - była znana wszystkim uczestnikom przedmiotowego postępowania. Przykładowo wskazać tutaj można zapis Rozdziału



I Załącznika A do SIWZ przedmiotowego postępowania - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia: „realizacja przedmiotu umowy będzie nadzorowana przez konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. oraz Hp Slovakia s.r.o. w formie nadzoru autorskiego nad realizacją założeń SPKiCSP i przygotowanym procesem Konsolidacji i Centralizacji Systemów Celnych i Podatkowych”. Jeśli zatem firma HP Polska Sp. z o.o. była autorem koncepcji, na podstawie której stworzono opis przedmiotu zamówienia i będzie sprawować nadzór autorski nad realizacją opracowanej przez nią koncepcji, to oczywistym i naturalnym następstwem takiej sytuacji staje się fakt, iż osoby będące pracownikami bądź współpracownikami tej firmy wykonywały i będą wykonywać faktyczne czynności w postępowaniu na wybór wykonawcy, który będzie realizować przedmiotową koncepcję. Potwierdza to wspomniany wyżej zapis dotyczący obowiązku delegowania przez Konsorcjum Firm HP Polska sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. swoich przedstawicieli w roli ekspertów do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych i ich realizacji w zakresie objętych SPKiCSP. Powyższe okoliczności znane były wszystkim uczestnikom postępowania - udział firmy HP Polska sp. z o.o. od wszczęcia przedmiotowego postępowania, natomiast identyfikacja osób - od dnia powołania wskazanych osób jako biegłych i złożenia przez nich oświadczeń z art.17 ust. 2 (odpowiednio od 26 marca, natomiast w stosunku do p. Magdaleny Jankowskiej od 4 kwietnia 2012 r.).

13 kwietnia 2012 r. do Izby wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego ze strony Ca Consulting (po stronie zamawiającego) oraz Asseco (po stronie odwołującego).

16 kwietnia 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił ATM.

Strony postępowania odwoławczego podczas posiedzenia Izby potwierdziły, że otrzymały kopię ww. przystąpień. Ponadto podczas rozprawy odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzuty odnoszące się do wykonawcy Asseco.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przesłaną przez zamawiającego, odpowiedź na odwołanie, materiał dowodowy, stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła co następuje.**

Pismem z dnia 28 marca 2012 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyznaczenie terminu do ofert złożonych w niniejszym postępowaniu (karta 453).

Z tabeli znajdującej się w aktach sprawy wynika, że zamawiający 30 marca 2012 r. udostępnił „Protokół postępowania w części jawnej”. Niespornym jest, że zamawiający

udostępnił Qumak-Sekom jawną część ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (karta 451).

W treści protokołu nr 11 z posiedzenia komisji wskazano, że podczas posiedzenia komisji w dniach: 6-10 kwietnia 2012 r. komisja stwierdziła, że wszyscy wykonawcy skorzystali z uprawnienia sformułowanego w art. 8 ust. 3 Pzp i zastrzegli część informacji, które nie mogą być udostępniane, gdyż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Mając na uwadze charakter wyjątkowy zagadnienia komisja postanowiła zwrócić się do wykonawców z prośbą o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów dołączonych do ofert, w szczególności poprzez wskazanie działań podjętych dotychczas przez wykonawcę w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismami z dnia 11 kwietnia 2012 r. zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców, którzy w swoich ofertach zastrzegli część informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym również do odwołującego. Na wezwanie zamawiającego wykonawcy przedłożyli stosowne wyjaśnienia w formie pisemnej.

Izba ustaliła, że do dnia rozprawy (23 kwietnia 2012 r.) zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający w charakterze biegłych powołał: Magdalenę Jankowską, Tomasza Wójcika, Dariusza Szpakowskiego, Dariusza Stachowiaka, Zbigniewa S. Borowca, Krzysztofa Wieczorkowskiego, którzy w trybie art. 17 ust. 2 Pzp złożyli oświadczenia o braku okoliczności o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, w tym również, iż nie pozostają z wykonawcami w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który mógłby budzić uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności (art. 17 ust. 1 pkt.4 Pzp).

Z ustaleń Izby wynika również, że firma HP Polska sp. z o.o nie złożyła oferty w niniejszym postępowaniu.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Status uczestników postępowania uzyskali: CA Consulting jak również ATM, którzy skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz Asseco, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

#### Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutów naruszenia art. 96 i art. 8 Pzp, poprzez nieudostępnienie odwołującemu dokumentacji, stanowiącej integralną część ofert wykonawców: Betacom, CA Consulting, ATM, SMT oraz konsorcjum i stwierdziła, że zarzuty w tym zakresie należy uznać za zgłoszone przedwcześnie.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Następstwem stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności ww. zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w chwili gdy zamawiający po przeprowadzeniu odpowiedniego badania przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Istotnym jest, że przepisy nie konkretyzują terminu na dokonanie ww. czynności przez zamawiającego ale oczywistym jest winna być ona przeprowadzona na etapie badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu, ponieważ to właśnie wówczas zamawiający bada informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i w zależności od przyjętej oceny udostępnia je wykonawcom albo odmawia ich udostępnienia. Tym samym, aż do momentu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu zamawiający ma możliwość podejmowania czynności w powyższym zakresie. Co do zasady o zaniechaniu

zamawiającego w zakresie czynności odtajnienia dokumentów zawartych w ofertach wykonawców, w przypadku gdy nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, możemy mówić dopiero po dokonaniu badania i oceny ofert, której termin upływa wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty (wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 4 marca 2011 r. o sygn. akt KIO 322/11 oraz z dnia 3 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1039/11).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp, który stanowi, że protokół wraz z załącznikami jest jawny a załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, zachował się w sposób prawidłowy i udostępnił Qumak-Sekom protokół postępowania, w tym część jawną ofert wykonawców.

Z dokumentacji postępowania znajdującej się w aktach sprawy, w szczególności z treści protokołu nr 11 z posiedzenia komisji wynika jasno, że zamawiający w dniach od 6 do 10 kwietnia 2012 r. badał oferty wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia pod kątem prawidłowości zastrzeżenia w ofertach część informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wynikiem prac komisji była czynność zwrócenia się w formie pisemnej (pisma z dnia 11 kwietnia 2012 r.) się do tych wykonawców z prośbą o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów dołączonych do ofert, w szczególności poprzez wskazanie działań podjętych dotychczas przez wykonawcę w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zatem w dniu złożenia odwołania przez Qumak-Sekom, tj. 10 kwietnia 2012 r. zamawiający był w trakcie badania skuteczności zastrzeżenia części informacji w ofertach wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jako poufne z uwagi na to, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba zwraca uwagę, że czynność odtajniania informacji musi być przeprowadzana ze szczególną starannością ze względu na fakt, iż jej dokonanie ma charakter nieodwracalny - raz ujawnione informacje nie mogą później stać się niejawne. Ponadto ujawnienie przez zamawiającego informacji stanowiących w rzeczywistości tajemnicę przedsiębiorstwa naraża zamawiającego na odpowiedzialność cywilnoprawną ze strony wykonawców. Zatem w celu zachowania należytej staranności w zakresie czynności badania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający winien dążyć do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy. Bazowanie jedynie na wiedzy członków komisji przetargowej w ocenie Izby nie zawsze jest wystarczające. Ustawodawca co prawda nie przewidział trybu w jakim należy badać informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jednak zamawiający w takiej sytuacji, w celu zachowania

należytej staranności może zwrócić się z prośbą o szczegółowe wyjaśnienia do wykonawców w zakresie podstawy objęcia klauzulą poufności poszczególnych informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W przedmiotowym przypadku zamawiający tak też właśnie uczynił. Zatem stwierdzenie Qumak-Sekom oraz Asseco, jakoby zamawiający zezwalając na wgląd odwołującemu do części jawnej ofert wykonawców już dokonał stosownego badania w tym zakresie i poprzez odmowę udostępnienia części zastrzeżonych w ofertach wykonawców przesądził, że zostały one prawidłowo zastrzeżone, należy uznać za błędne. Niewątpliwym jest, że czynności, które podejmował zamawiający w tym zakresie były w toku zatem prawidłowym był udostępnienie odwołującemu jedynie części jawnej ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje, że liczenie terminu na wniesienie odwołania zgodnie ze stanowiskiem odwołującego mogłoby mieć miejsce w sytuacji, gdyby zamawiający odmawiając udostępnienia Qumak-Sekom części ofert wykonawców objętych tajemnicą przedsiębiorstwa poinformował, że zakończył już badanie tego zagadnienia i uznał, iż informacje zawarte w ofertach nie mają charakteru jawnego, zatem prawidłowo zostały uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku braku takiej informacji - z czym mamy do czynienia w rozpoznawanej kwestii - termin na kwestionowanie zaniechania zamawiającego w zakresie dokonanego zastrzeżenia rozpoczyna swój bieg od daty przesłania informacji, o której mowa w art. 92 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym w przedmiotowej sprawie termin na wniesienie odwołania w związku z dokonanymi w ofertach ww. wykonawców zastrzeżeniami informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa - w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie może rozpocząć biegu od dnia następnego od czynności udostępnienia przez zamawiającego odwołującemu jedynie części jawnych ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wobec tego zarzuty w tym zakresie zawarte w odwołaniu Qumak-Sekom należy uznać za zgłoszone przedwcześnie.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 21 ust. 4 ustawy Pzp stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Niespornym jest, że zamawiający w omawianym postępowaniu powołał biegłych w osobach: Magdalena Jankowska, Tomasz Wójcik, Dariusz Szpakowski, Dariusz Stachowiak, Zbigniew S. Borowiec, którzy są pracownikami firmy HP (wydruki z strony internetowej: <http://pl.linkedin.com> - przedłożone przez odwołującego na rozprawie).

Przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;

Zgodnie z art. 21 ust. 4 Pzp jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Przepis art. 17 stosuje się.

Przede wszystkim wskazać należy, że przesłanka zawarta w art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp ma charakter nieostry. Podany przepis formułuje bezwzględny obowiązek wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie jeżeli pozostają w takim stosunku, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób. Należy zwrócić uwagę, że bez znaczenia w kontekście rozpoznawanego przepisu jest charakter stosunków łączących ww. podmioty, gdyż przepis odwołuje się nie tylko do stosunków prawnych ale również faktycznych.

Jednakże bez wątplenia treść przepisu odnosi się do relacji osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie z wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, a biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że firma HP nie złożyła oferty w omawianym postępowaniu.

Izba w zakresie omawianej kwestii podzieliła stanowisko prezentowane przez zamawiającego, który wskazywał, że udział ekspertów z firmy HP w przedmiotowym postępowaniu został przez zamawiającego przewidziany wcześniej (przed wszczęciem niniejszego postępowania), tj. na etapie postępowania na opracowanie, na podstawie własnej koncepcji, Studium Projektowego Konsolidacji i Centralizacji Systemów Celnych i Podatkowych (SPKiCSP) w resorcie finansów. Zamawiający wyjaśniał, że już w treści, umowy na wykonanie studium, wskazano jako osoby odpowiedzialne za realizację umowy ze strony wykonawców: Tomasza Wójcika i Magdalenę Jankowską. Z analizy całokształtu umowy „konceptyjnej” (umowy opracowania studium) wynika, iż osoby te będą wykonywać czynności, w tym czynności biegłego, w postępowaniu „wykonawczym” na „dostawę sprzętu wraz z usługami towarzyszącymi dostawie oraz migrację systemów informatycznych resortu Finansów”. Natomiast zgodnie z załącznikiem nr 3 do Umowy „konceptyjnej” - Wymagania dla nadzoru autorskiego ROZDZIAŁ II PKT. 9 ZADANIE 9 "Wykonawca (...) musi delegować swoich przedstawicieli w roli ekspertów do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych i ich realizacji w zakresie objętych SPKiCSCP”.

Powyższą okoliczność zdają się potwierdzać również wydruki internetowe ze strony zamawiającego przedłożone przez odwołującego na rozprawie „Standardy określenia klasy systemu informatycznego resoru finansów” opatrzone znakiem „HP Polska Sp. z o.o.”.

Zatem, skoro zamawiający wykazując się zapobiegliwością zagwarantował sobie wcześniej udział pracowników HP w charakterze biegłych w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby niecelowym byłoby powoływanie nowych ekspertów tylko dlatego, że znaczna część wykonawców biorących udział w postępowaniu oparła się w swoich ofertach na rozwiązaniach czy też urządzeniach firmy HP.

Podkreślić należy, że wszystkie osoby wskazane przez Qumak-Sekom występujące w charakterze biegłych zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp złożyły, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenia iż nie pozostają z wykonawcami w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który mógłby budzić uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności.

Wobec powyższego Izba nie dopatryła się naruszenia przez zamawiającego naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 21 ust. 4 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożony na rozprawie rachunek.

**Przewodniczący:** .....