

Sygn. akt: KIO 1921/12

WYROK

z dnia 21 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 20 oraz 21 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2012 r. przez wykonawcę, **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego, **Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy, **Qumak-Secom S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonie przebudowy sieci strukturalnej w budynku MF oraz dostawę urządzeń aktywnych, uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych na stronach od 47 do 130 oferty Qumak-Sekom S.A. w Warszawie;

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Asseco Poland S.A. w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Ministerstwa Finansów w Warszawie na rzecz Asseco Poland S.A. w Rzeszowie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie przebudowy sieci strukturalnej w budynku MF oraz dostawę urządzeń aktywnych.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 05.07.2012 r. w Dz. Urz. UE pod nr 127-210364.

W dniu 31 sierpnia 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty Qumak-Sekom S.A. w Warszawie (zwanej dalej „QS”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 10 września 2012 r. Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (zwana dalej „Asseco”) wniosła odwołanie od braku ujawnienia części oferty QS, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i wyboru oferty tego wykonawcy, bez możliwości weryfikacji, czy oferta ta nie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem następujące przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 8 ust. 1-3 Pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu części oferty Wykonawcy: Qumak-Sekom S.A. w Warszawie, zawierającej informacje bezprawnie utajnione,
3. art. 96 Pzp poprzez brak ujawnienia protokołu postępowania z całością załączników (w szczególności kompletnej oferty Qumak-Sekom S.A.),
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie ewentualnego odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy.

W związku z powyższym odwołujący wnioskował o:

1. nakazanie zamawiającemu odtajnienia oferty QS,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania,
3. ewentualnie unieważnienie postępowania w przypadku niewykonania ww. obowiązku, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp ponieważ naruszenie zasad udzielania zamówień skutkuje obowiązkiem unieważnienia postępowania, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż oferta QS została w istotnej części utajniona, co powoduje brak możliwości jej weryfikacji pod kątem zgodności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). W przypadku braku pozytywnej weryfikacji zamawiający zobowiązany byłby odrzucić QS, co skutkowałoby wyborem oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu ofertę.

QS zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. następujące części oferty:

1. wykaz oferowanych produktów i usług zawierający informacje wymagane w załączniku C do SIWZ (str. 46 oferty),
2. wykaz oferowanego oprogramowania (str. 128 oferty), Jawną część stanowił natomiast m.in. załącznik do „Formularza oferty” pn.: „Szczegółowa specyfikacja ceny oferty”.

W związku z faktem, iż ofertę sporządzono na 151 stronach, utajnienie jej od strony 46 powoduje, że wszystkie istotne informacje dla tego zamówienia i możliwości jego oceny zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, co powoduje brak możliwości jej weryfikacji pod kątem zgodności z SIWZ, a w szczególności opisem przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego przebudowy lokalnej sieci komputerowej w budynku Ministerstwa Finansów zgodnie z Wymaganiami w poszczególnych Etapach.

Wykonawca będzie wykonywał zamówienie na podstawie Projektów Budowlanego i Wykonawczego stanowiących Załącznik nr 1 do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik E do SIWZ, sporządzonych przez firmę NIXEN w ramach umowy nr C/470/10/DI/B/882/A2., Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia i sposobu jego realizacji opisują Załącznik nr 1, Załącznik nr 2 oraz Załącznik nr 3 do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik E do SIWZ. Definicje pojęć użytych w SIWZ, w tym w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia znajdują się we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik E do SIWZ.

W opisie przedmiotu zamówienia (str. 4 SIWZ) Ministerstwo Finansów poinformowało, że dokonało modernizacji okablowania strukturalnego dwóch fragmentów sieci LAN, i że wykonane zostały w technologii AMPTRACK firmy TYCO ELECTRONICS. W ramach ww. modernizacji dokonano instalacji łącznie 382 linii dla sieci LAN i 153 linii dla sieci BMS (Rozdział pkt 5).

W Rozdziale 1 pkt 8 (str. 5) Zamawiający wskazał, że:

„8. Jeżeli Zamawiający określił w SIWZ wymagania z użyciem nazw własnych produktów lub marek producentów (znaki towarowe, patenty lub pochodzenie), w szczególności w obszarze specyfikacji przedmiotu zamówienia, to należy traktować wskazane produkty jako wzorcowe. W każdym takim przypadku Zamawiający dopuszcza dostarczenie produktów wzorcowych lub równoważnych, spełniających warunki równoważności, które określają Załącznik C do SIWZ i Załącznik D do SIWZ dla produktów w nich wymienionych, a do pozostałych produktów, których nie opisują ww. załączniki, opisuje Załącznik nr I do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik E do SIWZ. Każdorazowe użycie w projekcie słowa „typu” lub inne wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia uprawnia wykonawcę do zastosowania rozwiązania równoważnego (analogicznie jak przy użyciu sformułowania „lub równoważne”). W przypadku wskazania przez Zamawiającego norm technicznych. Zamawiający dopuszcza. aby oferowany produkt spełniał inne normy pod warunkiem zapewnienia spełnienia wszystkich cech, parametrów. wydajności i funkcjonalności, które określa Załącznik nr 1 do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik E do SIWZ. Postanowienia Załączników A-D do SIWZ mają pierwszeństwo przed postanowieniami Załączników do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik E do SIWZ. Zastrzeżenie powyższe dotyczy także sytuacji. gdy dla produktu lub marki w treści SIWZ pominięto użycie sformułowania „lub równoważny”.”

Powyższe oznacza, że QS zastrzegła newralgiczne dla prawidłowości wykonania zamówienia informacje. Bez ujawnienia:

- 1) wykazu oferowanych produktów i usług zawierający informacje wymagane w załączniku C do SIWZ (str. 46 oferty) i
- 2) wykazu oferowanego oprogramowania (str. 128 oferty),

w ogóle nie jest możliwe ustalenie czy oferowane produkty i usługi są równoważne do wymaganych. Nie można także potwierdzić zgodności oprogramowania.

Tymczasem załącznik C do SIWZ (ze zmianami wynikającymi ze zmiany SIWZ. zgodnie z pismami z dnia 18 lipca 2012 r., nr FR4-253/KJJ/12/IeU/2574; C/213/12/DI/B/222, z 1 sierpnia 2012 r., nr FR4-250/RGA/12/2756; C/213/12/DI/B/222; z dnia 6 sierpnia 2012 r., nr FR4-253/RGA/12/2797; C/213/12/DI/B/222; z dnia 7 sierpnia 2012 r., nr FR4-253/RGA/12/2845; C/213/12/DI/B/222) opracowany został przez Zamawiającego. W jego treści Wykonawcy mieli co do zasady potwierdzić tylko, że dany wymóg jest spełniony

poprzez określenie „Spełnia/nie spełnia”, a w wybranych miejscach poprzez wskazanie opisu sposobu spełniania tego wymogu. Informacje te, jako odnoszące się do dokumentacji Zamawiającego, opisujące przedmiot zamówienia, a w tym do Projektu Budowlanego i Wykonawczego muszą być weryfikowalne. W szczególności, że w wyjaśnieniach z 18 lipca 2012 r. Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca proponujący rozwiązania równoważne odpowiedzialny będzie za wprowadzenie zmian w dokumentacji projektowej. Brak ujawnienia tych informacji może w konsekwencji prowadzić do niedozwolonych zmian w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia.

Formularz ten zawiera też konieczne do wskazania dane oferowanych urządzeń z podaniem ich producentów (którzy są znani), numerów katalogowych, wersji, specyfikacji technicznych, i innych informacji dostępnych u producentów. Informacje te nie są zatem tajemnicą handlową w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że postępowanie prowadzone jest w trybie jawnym (jego zakres nie jest objęty ustawą o ochronie informacji niejawnych). Tym samym umowa, która będzie zawarta w wyniku tego postępowania będzie jawna. Jak stanowi art. 139 ust. 3 Pzp: „3. Umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.”

Oznacza to, że ww. informacje stanowiące będą w załącznikach do Umowy i będą także jawne (patrz: odpowiedź na pytanie nr 9 w piśmie z dnia 6 sierpnia 2012 r., nr FR4-253/RGA/12/2797; C/213/12/DI/B/222).

Odwołujący podniósł również, iż jedną z istotnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest jego jawność. Zasada jawności jest jedną z naczelnych norm, na których opiera się całe Prawo zamówień publicznych. Każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości prowadzonego postępowania i w efekcie może prowadzić do unieważnienia postępowania. Reguła ta ma być gwarancją urzeczywistnienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dlatego też tylko w określonych ustawowo przypadkach zamawiający może wyjątkowo ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem. Jednym z takich odstępstw od zasady jawności jest art. 8 ust. 3 Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Podjęcie niezbędnych działań przez przedsiębiorcę, zmierzających do zachowania poufności niektórych informacji, oznacza zastrzeżenie, że wskazane dokumenty nie mogą być udostępniane wykonawcom i innym osobom. Ustawodawca nie uregulował trybu badania skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (z dnia 16 kwietnia 1993 r.; Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) określa tajemnicę przedsiębiorstwa jako „niepodane 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” (art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Zamawiający badając ofertę pod kątem tego, czy zasadnie utajniono w niej informacje, może skorzystać z przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp instytucji wyjaśnienia treści oferty. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający zapytał Wykonawcę, co było powodem zastrzeżenia konkretnych informacji i aby wykonawca przedstawił szczegółowe argumenty na potwierdzenie swych racji.

Dopiero po otrzymaniu tych wyjaśnień Zamawiający powinien podjąć odpowiednią decyzję, gdyż prawo zastrzeżenia pewnych informacji przysługuje wykonawcy składającego ofertę i to musi wykazać zasadność podjętej decyzji. Przyczyny dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winy mieć charakter na tyle zobiektywizowany, by możliwa była ich weryfikacja zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Powyższego w niniejszym przypadku – zdaniem odwołującego – zabrakło.

Kiedy jawność postępowania o zamówienie publiczne jest zasadą, to wyjątki powodujące ograniczenia tej jawności nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający stosowanie tego przepisu. Tym samym Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokumenty jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Takimi informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być np. tylko nazwa określonego partnera handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich czy pewne dane stanowiące określona wartość gospodarcza dla danego wykonawcy (porównaj: wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., KIO 59/12).

Odwołujący wskazał na okoliczność, iż Qumak-Sekom S.A. w Warszawie, składając oferty w innych postępowaniach o zamówienia publiczne na wykonanie przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania, nie zastrzegał jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tym razem zastrzeżonych informacji i danych. W świetle wiedzy odwołującego, który jest naturalnym konkurentem QS, zastrzeżenie informacji, jak w niniejszym postępowaniu, zostało dokonane po raz pierwszy. Tym samym, dotychczasowa praktyka ww. wykonawcy, wskazuje, iż rzeczne dane i informacje, również w przekonaniu tego wykonawcy, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich zastrzeżenie jest bezpodstawne i bezprawne.

Według odwołującego analizując załącznik C do SIWZ, należy stwierdzić, że informacje zawarte w' wybranej ofercie nie są niepowtarzalne i nie można stwierdzić, iż informacje takie

stanowią know-how przedsiębiorstwa i stanowią one dla niego konkretną i najistotniejszą wartość gospodarczą, którą można wycenić dokonując wyceny przedsiębiorstwa. Na obecnym etapie postępowania (czyli w sytuacji złożenia oferty w oparciu o dany przez Zamawiającego Projekt Budowlany, Wykonawczy czy Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru robót Budowlanych, SIWZ i inną - przed wprowadzeniem ewentualnych zmian do tejże dokumentacji na etapie realizacji zamówienia), trudno też znaleźć takie informacje, które chronione byłyby np. prawami autorskimi.

Utajnienie tak dużej części oferty, tj. 106 ze 151 stron, jest w żadnej mierze niezasadne, gdyż w większości dotyczy kwestii powszechnie dostępnych na stronach internetowych, a także zawiera wiedzę powszechnie znaną wykonawcom z tej branży usług.

Tym samym nie można stwierdzić, aby którykolwiek z zastrzeżonych dokumentów spełniał wymogi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i tym samym aby mógł być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien bardzo dokładnie zbadać ofertę pod kątem spełnienia przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 ww. ustawy. Wydawanie środków publicznych powinno bowiem odbywać się w sposób transparentny dla podmiotów biorących w nim udział. Dlatego też jego oferta powinna być jawna dla wszystkich wykonawców, a tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i w niezbędnym zakresie może korzystać z ochrony poprzez utajnienie informacji mających dla Wykonawcy znaczącą wartość ("wartość gospodarczą") i w związku z tym czy mogą być zastrzeżone. Zamawiający dokonując badania zasadności utajnienia części oferty powinien przy tym zbadać, czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie powoływanym przez uczestników postępowania odwoławczego, a także stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, iż ustalenia faktyczne podane w odwołaniu i zreferowane powyżej, odpowiadają rzeczywistości.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucano w odwołaniu, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Natomiast według ust. 3 art. 7 zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Przepis art. 8 Pzp stanowi:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. 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 [...].

Wskazane przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, konkretnie ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), w art. 11 ust. 4 stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Ponadto zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Przy czym wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie

omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Żadna z podniesionych w ramach zarzutów odwołania okoliczności nie stanowiła ani nawet nie odnosiła się do opisanych wyżej „kontratypów” niezgodności treści oferty QS z SIWZ. W związku z powyższym uznano, iż w odwołaniu brak w istocie zarzutów z tym związanych. Samo formalne wskazanie naruszenia przepisu odnoszącego się do odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ (art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy), nie jest zarzutem w rozumieniu art. 192 ust. 7 Pzp, nadającym się do rozpatrzenia przez Izbę.

Po analizie całości treści odwołania stwierdzono, iż wszystkie zarzuty w odwołaniu sformułowane, sprowadzają się jedynie do podniesienia bezprawności zastrzeżenia w ofercie QS jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu oferowanych produktów i usług (zał. C) oraz wykazu oprogramowania. Zakresem zarzutów odwołania nie objęto również zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa innych części oferty QS lub dokumentów do niej załączonych.

Tymczasem samo zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które nie wypełniają ustawowych przesłanek ich kwalifikacji jako informacje tego typu (w świetle art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji)^b nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Powyższe nie wypełnia również żadnej z innych przesłanek odrzucenia oferty opisanych w art. 89 ust. 1 Pzp lub przesłanek wykluczenia wykonawcy opisanych w art. 24 ustawy. Sankcją i następstwem jest w tym przypadku jedynie nieważność i nierespektowanie takiego zastrzeżenia, a nie odrzucenie oferty (*vide* uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt 111CZP 74/05). Jako taka, kwestia oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie nie odnosi się (zarówno formalnie, jak i materialnie) do okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty bądź wykluczeniem wykonawcy (art. 24 i 89 w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy).

W świetle powyższego Izba nie stwierdziła, wskazywanego w odwołaniu, naruszenia przez zamawiającego dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba potwierdziła natomiast zarzuty bezprawnego zastrzeżenia w treści oferty QS, wskazanych wyżej wykazów sprzętu i oprogramowania.

Przepisy ustawy nie stanowią w jaki sposób zamawiający ma osiągnąć konkluzję związaną z kwalifikacją danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma w tym względzie żadnych obowiązków formalnych, poza tymi, które wynikają bezpośrednio z ustawy, konkretnie z art. 8 i 96 ust. 3 Pzp, tj. generalny obowiązek udostępniania wszystkich informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia (w przypadku ofert od chwili ich otwarcia), oraz szczególny (wyjątkowy) obowiązek nieudostępniania informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wypełniających wszystkie przesłanki opisane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sprawą zamawiającego pozostaje w jaki sposób dojdzie do przekonania w przedmiocie zasadności takiego zastrzeżenia. Działania bądź zaniechania zamawiającego w tym zakresie, będą oceniane w postępowaniu odwoławczym nie przez stopień zachowania należytej staranności zamawiającego i ilość podejmowanych działań w tym zakresie, ale przez ocenę materialnej trafności podjętej decyzji. W konsekwencji zamawiający, wdając się w spór, co do skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, winien udowodniać nie swoją należyta staranność, ale udowodniać przed Izbą okoliczności przesądzające o kwalifikacji nieujawnianych przezeń informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 190 ust. 1 Pzp).

Postępowanie przed Izbą, jak wynika z przytoczonych wyżej przepisów, jest postępowaniem kontradyktoryjnym, z zasady realizującym postulat szybkości jego prowadzenia, gdzie szczególnego znaczenia nabiera rozkład ciężaru dowodu i inicjatywa dowodowa przejawiana przez strony. Natomiast dowodzenia, iż dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (bądź jej nie stanowią) polega na wykazaniu okoliczności odnoszących się do przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. kumulatywnego wykazania, iż informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej; mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inną wartość gospodarczą; a także podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W odniesieniu do przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji, można postulować poprzestanie na zwykłej deklaracji zastrzegającego tajemnicę wykonawcy – w przypadku oceny tego typu deklaracji jako wiarygodnej oraz przy braku dowodu przeciwnego, brak będzie podstaw aby podawane w niej fakty zakwestionować. Natomiast w przypadku przesłanek odnoszących się do charakteru zastrzeganych informacji, należy wymagać ustalenia obiektywnych (nawet jeżeli tylko swoistych i odnoszących się tylko do danego wykonawcy) cech technicznych, technologicznych, organizacyjnych, etc. ..., tych informacji zamawiający, bądź przystępujący do

postępowania odwoławczego po jego stronie, wykonawca, zastrzegający informacje w swojej ofercie, winni wskazać i wykazać fakty przesądzające o tego typu charakterze zastrzeżonych danych.

Odwołujący domagający się ujawnienia wskazanych części oferty, w zasadzie nigdy nie może przeprowadzić dowodu bezpośrednio przesądzającego charakter zastrzeżonych informacji, ponieważ nie zna ich treści. Może jedynie przeprowadzać dowody negatywne i pośrednie polegające na wykazywaniu niemożliwości zastrzegania danych (których zawarcia w ofercie konkurenta się domyśla) określonego typu, zwłaszcza w świetle przyjętej konstrukcji SIWZ, stanu rynku... *etc.*

Dowody tego typu usiłował m.in. przedstawić w ramach niniejszego postępowania odwoławczego, odwołujący. Podnosił w tym zakresie np., iż wobec konstrukcji SIWZ, zwłaszcza wymagań, co do wypełnienia Załącznika C (w większości kolumn i wierszy tego załącznika następowało jedynie deklaratoryjne potwierdzenie spełniania wymagań opisanych przez zamawiającego przez zaznaczenie opcji „spełnia/nie spełnia”), a także opisanego przy pomocy projektów przedmiotu zamówienia, w którym zamawiający opisał rozwiązania, które zamawia, a ich poszczególne części czy składowe są powszechnie znane na rynku. Tym samym, według odwołującego niemożliwe było zastrzeganie informacji i rozwiązań niestanowiących oryginalnych „pomysłów” przystępującego, ale stanowiących powielenie jawnego projektu zamawiającego lub znanych i powszechnie dostępnych rozwiązań rynkowych.

Co do zasady należy podzielić stanowisko odwołującego w tym przedmiocie. Rozwiązania „typowe” tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią, są rozwiązaniami powszechnie znanymi i dostępnymi, i jako takie nie mogą wypełniać przesłanki dotyczącej nieujawniania danej informacji do wiadomości publicznej. Jednakże w odniesieniu do niniejszego postępowania powyższe mogło nie znajdować zastosowania, ze względu na przyznawaną przez samego odwołującego możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych do opisanych przez zamawiającego. Rozwiązania równoważne mogą być natomiast rozwiązaniami swoistymi, autorskimi, oryginalnymi, znanymi jedynie wykonawcy lub jego kooperantom, posiadającymi dlań znaczenie gospodarcze... *etc.* (Na marginesie zaznaczyć należy, iż niemożliwość oceny przez innych wykonawców równoważności oferowanych rozwiązań, czy szerzej, oceny zgodności nieujawnionej części oferty z SIWZ, podnoszona przez odwołującego, nie należy do ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka nie ma znaczenia dla oceny dopuszczalności zastrzeżenia oferty). Przy czym celem postępowania dowodowego nie jest w tym przypadku wykazanie samej możliwości tego typu kwalifikacji wskazywanych informacji, ale dowodzenie, iż zastrzeżone informacje rzeczywiście mają taki charakter i znaczenie.

Jak już wskazano powyżej, ciężar dowiedzenia okoliczności przesądzających charakter zastrzeżonych informacji spoczywa na zamawiającym (i/lub wykonawcy przystępującym po jego stronie). W takim przypadku to zamawiający winien pozytywnie wykazać okoliczności z których wywodzi skutki prawne – okoliczności pozwalające mu zakwalifikować informacje, których ujawniania odmawia, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika z powołanych norm art. 8 *in extenso* i 96 ust. 3 Pzp zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest pełna jawność jego dokumentacji, a ich zastrzeganie i nieujawnianie jest

wyjątkiem od tej reguły (art. 8 ust. 3). W związku z czym również zasady postępowania dowodowego winny respektować postulat nierozszerzania wyjątków kosztem zasad. Okoliczności przesądzające o możliwości nieujawniania informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą być stwierdzone i pewne, a nie tylko hipotetyczne i deklarowane. (Tym bardziej, iż po ww. uchwale Sądu Najwyższego, która właściwie zniosła jakiegokolwiek negatywne konsekwencje dla wykonawców w postaci odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą w przypadku nieuprawnionego zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w ich ofertach, instytucja ta, w praktyce zamówień publicznych jest coraz częściej nadużywana).

Tymczasem w ramach niniejszego postępowania odwoławczego wiarygodnych dowodów w tym zakresie zamawiający ani przystępujący, nie przeprowadzili.

Przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, stanowisko zamawiającego bardziej odnosiło się do możliwości uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa niż wykazanie, że faktycznie z tajemnicą przedsiębiorstwa mamy w tym przypadku do czynienia. Zamawiający nie wykazał okoliczności, które wskazywał i na które się powoływał. W sposób konkretny i weryfikowalny wykazał jedynie różnicę w ilości okablowania strukturalnego w poz. 1 zał. C oferty QS i w ofercie odwołującego, co w samo siebie miało niewielkie znaczenie dowodowe. Wykazywane różnice i oryginalność koncepcji w ofercie QS należało w tym przypadku odnieść, do stanowiącego punkt odniesienia opisu przedmiotu zamówienia. Samo porównanie ofert nie przesądzało, która z nich zawiera rozwiązania równoważne do przedmiotu zamówienia.

Natomiast wyjaśnienia i twierdzenia przystępującego w tym zakresie, zarówno podnoszone na rozprawie, jak i w piśmie z dnia 27.08.2012 r. skierowanym do zamawiającego, miały charakter gołosłownych i niezwyfikowanych ogólników. Twierdzenia w nich zawarte, w przypadku ich wykazania i ukonkretnienia, jak najbardziej mogłyby przesądzić o uznaniu zasadności zastrzeżenia części oferty QS jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dowodów takich i konkretów niestety w nich zabrakło.

Nie jest pomiędzy stronami sporne, iż znaczna część informacji składająca się na utajniony w całości załącznik C nie była i być nie mogła objęta tajemnicą przedsiębiorstwa (chodzi w tym przypadku o informacje wytworzone przez zamawiającego, które wykonawcy do tego załącznika jedynie kopiowali).

Nie zasługuje na podzielenie i przyjęcie stanowisko, iż w związku z takim, a nie innym kształtem załącznika C, narzuconym przez zamawiającego i jego integralnym charakterem, nawet jeżeli tylko część informacji w nim zawartych miała charakter niejawnny, to powyższe uprawniało do zastrzeżenia dokumentu w całości. Przeciwnie, zarówno wykonawca zastrzegając informacje w swojej ofercie oraz zamawiający udostępniając je innym wykonawcom, mogli technicznie wydzielić dane, które tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią (to tylko kwestia ich odpowiedniego wyodrębnienia, prezentacji i oznaczenia). Na tym tle należało spodziewać się i wymagać, dokładnego wskazania, które z informacji (zawarte w których częściach tabel poszczególnych wykazów) rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią i dlaczego zostały w ten sposób zakwalifikowane.

Tymczasem dopiero w odroczonym terminie rozprawy przystępujący raczył w ogóle wskazać, które z pozycji załącznika C prezentują rozwiązania równoważne, a więc oryginalne i inne w stosunku do rozwiązań opisanych przez zamawiającego. Przystępujący ani zamawiający nie byli natomiast w stanie wskazać, pomimo wyraźnych żądań Izby w tym zakresie, którym rozwiązaniom zaprojektowanym przez zamawiającego informacje te mają odpowiadać, czym uniemożliwili ocenę i stwierdzenie istotnych okoliczności w sprawie – okoliczności, czy rozwiązania oferowane rzeczywiście różnią się od opisanych w projekcie. Deklaracje co do oryginalności oferty w tym zakresie pozostały więc gołosłowne i nieudowodnione, a w świetle faktu, iż przez odniesienia ich do projektu łatwo mogły zostać zweryfikowane (udowodnione), a czego zamawiający z przystępującym, pomimo umożliwienia im powyższego przez Izbę, z sobie znanych powodów, nie raczyli przeprowadzić – uznać należało je również za niewiarygodne. Z tych samych względów, Izba nie oparła się w tym zakresie na przedłożonym na rozprawie przez przystępującego, oświadczeniu jego kooperanta, któremu we wskazanym kontekście przyznano moc dowodową równą deklaracjom przystępującego. Niezrozumiałe i zbędne pozostaje składanie jakichkolwiek oświadczeń i deklaracji, gdy fakty, do których się odnoszą, mogą być rzeczowo wykazać za pomocą innych, obiektywnych i dostępnych na rozprawie środków dowodowych (tu: porównania oferty z projektem).

Również za niewystarczające dla potwierdzenia unikalności powoływanych rozwiązań, i ich nieznaności czy niedostępności dla innych firm obecnych na rynku informatycznym, pozostają ogólne wyjaśnienia na temat swoistości zestawiania powszechnie dostępnego i znanego na rynku sprzętu i oprogramowania, różnych producentów. Przystępujący na rozprawie wskazywał na powyższe jedynie ogólnie (głównie przy pomocy metafor), a w odniesieniu do niektórych zestawień jedynie przykładowo (wskazywał gdzie w ofercie takie rozwiązania się znalazły). Nie wskazał natomiast na czym konkretnie w danym przypadku oryginalność i swoistość danego „zestawienia” miałyby polegać. Tym bardziej, że chociaż tego typu argumenty i wyjaśnienia, podnoszone na znacznym szczeblu ogólności brzmić mogą wiarygodnie, to przeważnie w przypadku ich ukonkretnienia, nie wytrzymują porównania z rzeczywistością. Ujmując powyższe inaczej: zestawienie i dobranie powszechnie znanych urządzeń i rozwiązań w funkcjonalną całość, rzeczywiście może stanowić oryginalne, nieznanne na rynku, rozwiązanie techniczne, technologiczne czy organizacyjne, posiadające znacząco wartość gospodarczą (i jako takie uzasadniać jego ochronę przy pomocy tajemnicy przedsiębiorstwa) – niestety przeważnie nie stanowi. Przystępujący winien więc wykazać, na czym oryginalność wskazywanych przezeń „zestawień” oprogramowania i sprzętu w przypadku jego oferty miałyby polegać, a czego nie uczynił.

W związku z powyższym nakazano odtajnienie nie tylko informacji notoryjnie jawnych, składających się na wykazy sprzętu i oprogramowania, zawartych w ofercie Qumak-Sekom, ale również informacji, które mogłyby być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w przypadku, gdyby wykazano w stosunku do nich spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przedstawionym powyżej stanie dowodowym sprawy, jakiegokolwiek tajemnicy przedsiębiorstwa w

zakwestionowanych w odwołaniu wykazach sprzętu i oprogramowania zastrzeżonych w ofercie QS, nie stwierdzono.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 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).

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie przebudowy sieci strukturalnej w budynku MF oraz dostawę urządzeń aktywnych.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 05.07.2012 r. w Dz. Urz. UE pod nr 127-210364.

W dniu 31 sierpnia 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty Qumak-Sekom S.A. w Warszawie (zwanej dalej „QS”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 10 września 2012 r. Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (zwana dalej „Asseco”) wniosła odwołanie od braku ujawnienia części oferty QS, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i wyboru oferty tego wykonawcy, bez możliwości weryfikacji, czy oferta ta nie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem następujące przepisów ustawy:

5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
6. art. 8 ust. 1-3 Pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu części oferty Wykonawcy: Qumak-Sekom S.A. w Warszawie, zawierającej informacje bezprawnie utajnione,
7. art. 96 Pzp poprzez brak ujawnienia protokołu postępowania z całością załączników (w szczególności kompletnej oferty Qumak-Sekom S.A.),
8. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie ewentualnego odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy.

W związku z powyższym odwołujący wnioskował o:

4. nakazanie zamawiającemu odtajnienia oferty QS,
5. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania,
6. ewentualnie unieważnienie postępowania w przypadku niewykonania ww. obowiązku, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp ponieważ naruszenie zasad udzielania zamówień skutkuje obowiązkiem unieważnienia postępowania, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż oferta QS została w istotnej części utajniona, co powoduje brak możliwości jej weryfikacji pod kątem zgodności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). W przypadku braku pozytywnej weryfikacji zamawiający zobowiązany byłby odrzucić QS, co skutkowałoby wyborem oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu ofertę.

QS zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. następujące części oferty:

3. wykaz oferowanych produktów i usług zawierający informacje wymagane w załączniku C do SIWZ (str. 46 oferty),
4. wykaz oferowanego oprogramowania (str. 128 oferty), Jawną część stanowił natomiast m.in. załącznik do „Formularza oferty” pn.: „Szczegółowa specyfikacja ceny oferty”.

W związku z faktem, iż ofertę sporządzono na 151 stronach, utajnienie jej od strony 46 powoduje, że wszystkie istotne informacje dla tego zamówienia i możliwości jego oceny zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, co powoduje brak możliwości jej weryfikacji pod kątem zgodności z SIWZ, a w szczególności opisem przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego przebudowy lokalnej sieci komputerowej w budynku Ministerstwa Finansów zgodnie z Wymaganiami w poszczególnych Etapach.

Wykonawca będzie wykonywał zamówienie na podstawie Projektów Budowlanego i Wykonawczego stanowiących Załącznik nr 1 do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik E do SIWZ, sporządzonych przez firmę NIXEN w ramach umowy nr C/470/10/DI/B/882/A2., Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia i sposobu jego realizacji opisują Załącznik nr 1, Załącznik nr 2 oraz Załącznik nr 3 do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik E do SIWZ. Definicje pojęć użytych w SIWZ, w tym w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia znajdują się we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik E do SIWZ.

W opisie przedmiotu zamówienia (str. 4 SIWZ) Ministerstwo Finansów poinformowało, że dokonało modernizacji okablowania strukturalnego dwóch fragmentów sieci LAN, i że wykonane zostały w technologii AMPTRACK firmy TYCO ELECTRONICS. W ramach ww. modernizacji dokonano instalacji łącznie 382 linii dla sieci LAN i 153 linii dla sieci BMS (Rozdział pkt 5).

W Rozdziale 1 pkt 8 (str. 5) Zamawiający wskazał, że:

„8. Jeżeli Zamawiający określił w SIWZ wymagania z użyciem nazw własnych produktów lub marek producentów (znaki towarowe, patenty lub pochodzenie), w szczególności w obszarze specyfikacji przedmiotu zamówienia, to należy traktować wskazane produkty jako wzorcowe. W każdym takim przypadku Zamawiający dopuszcza dostarczenie produktów wzorcowych lub równoważnych, spełniających warunki równoważności, które określają Załącznik C do SIWZ i Załącznik D do SIWZ dla produktów w nich wymienionych, a do pozostałych produktów, których nie opisują ww. załączniki, opisuje Załącznik nr I do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik E do SIWZ. Każdorazowe użycie w projekcie słowa „typu” lub inne wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia uprawnia wykonawcę do zastosowania rozwiązania równoważnego (analogicznie jak przy użyciu sformułowania „lub równoważne”). W przypadku wskazania przez Zamawiającego norm technicznych. Zamawiający dopuszcza. aby oferowany produkt spełniał inne normy pod warunkiem zapewnienia spełnienia wszystkich cech, parametrów. wydajności i funkcjonalności, które określa Załącznik nr 1 do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik E do SIWZ. Postanowienia Załączników A-D do SIWZ mają pierwszeństwo przed postanowieniami Załączników do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik E do SIWZ. Zastrzeżenie powyższe dotyczy także sytuacji. gdy dla produktu lub marki w treści SIWZ pominięto użycie sformułowania „lub równoważny”.”

Powyższe oznacza, że QS zastrzegła newralgiczne dla prawidłowości wykonania zamówienia informacje. Bez ujawnienia:

3) wykazu oferowanych produktów i usług zawierający informacje wymagane w załączniku C do SIWZ (str. 46 oferty) i

4) wykazu oferowanego oprogramowania (str. 128 oferty),

w ogóle nie jest możliwe ustalenie czy oferowane produkty i usługi są równoważne do wymaganych. Nie można także potwierdzić zgodności oprogramowania.

Tymczasem załącznik C do SIWZ (ze zmianami wynikającymi ze zmiany SIWZ. zgodnie z pismami z dnia 18 lipca 2012 r., nr FR4-253/KJJ/12/IeU/2574; C/213/12/DI/B/222, z 1 sierpnia 2012 r., nr FR4-250/RGA/12/2756; C/213/12/DI/B/222; z dnia 6 sierpnia 2012 r., nr FR4-253/RGA/12/2797; C/213/12/DI/B/222; z dnia 7 sierpnia 2012 r., nr FR4-253/RGA/12/2845; C/213/12/DI/B/222) opracowany został przez Zamawiającego. W jego treści Wykonawcy mieli co do zasady potwierdzić tylko, że dany wymóg jest spełniony

poprzez określenie „Spełnia/nie spełnia”, a w wybranych miejscach poprzez wskazanie opisu sposobu spełniania tego wymogu. Informacje te, jako odnoszące się do dokumentacji Zamawiającego, opisujące przedmiot zamówienia, a w tym do Projektu Budowlanego i Wykonawczego muszą być weryfikowalne. W szczególności, że w wyjaśnieniach z 18 lipca 2012 r. Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca proponujący rozwiązania równoważne odpowiedzialny będzie za wprowadzenie zmian w dokumentacji projektowej. Brak ujawnienia tych informacji może w konsekwencji prowadzić do niedozwolonych zmian w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia.

Formularz ten zawiera też konieczne do wskazania dane oferowanych urządzeń z podaniem ich producentów (którzy są znani), numerów katalogowych, wersji, specyfikacji technicznych, i innych informacji dostępnych u producentów. Informacje te nie są zatem tajemnicą handlową w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że postępowanie prowadzone jest w trybie jawnym (jego zakres nie jest objęty ustawą o ochronie informacji niejawnych). Tym samym umowa, która będzie zawarta w wyniku tego postępowania będzie jawna. Jak stanowi art. 139 ust. 3 Pzp: „3. Umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.”

Oznacza to, że ww. informacje stanowiące będą w załącznikach do Umowy i będą także jawne (patrz: odpowiedź na pytanie nr 9 w piśmie z dnia 6 sierpnia 2012 r., nr FR4-253/RGA/12/2797; C/213/12/DI/B/222).

Odwołujący podniósł również, iż jedną z istotnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest jego jawność. Zasada jawności jest jedną z naczelných norm, na których opiera się całe Prawo zamówień publicznych. Każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości prowadzonego postępowania i w efekcie może prowadzić do unieważnienia postępowania. Reguła ta ma być gwarancją urzeczywistnienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dlatego też tylko w określonych ustawowo przypadkach zamawiający może wyjątkowo ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem. Jednym z takich odstępstw od zasady jawności jest art. 8 ust. 3 Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Podjęcie niezbędnych działań przez przedsiębiorcę, zmierzających do zachowania poufności niektórych informacji, oznacza zastrzeżenie, że wskazane dokumenty nie mogą być udostępniane wykonawcom i innym osobom. Ustawodawca nie uregulował trybu badania skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (z dnia 16 kwietnia 1993 r.; Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) określa tajemnicę przedsiębiorstwa jako „niepodane 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” (art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Zamawiający badając ofertę pod kątem tego, czy zasadnie utajniono w niej informacje, może skorzystać z przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp instytucji wyjaśnienia treści oferty. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający zapytał Wykonawcę, co było powodem zastrzeżenia konkretnych informacji i aby wykonawca przedstawił szczegółowe argumenty na potwierdzenie swych racji.

Dopiero po otrzymaniu tych wyjaśnień Zamawiający powinien podjąć odpowiednią decyzję, gdyż prawo zastrzeżenia pewnych informacji przysługuje wykonawcy składającego ofertę i to musi wykazać zasadność podjętej decyzji. Przyczyny dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winy mieć charakter na tyle zobiektywizowany, by możliwa była ich weryfikacja zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Powyższego w niniejszym przypadku – zdaniem odwołującego – zabrakło.

Kiedy jawność postępowania o zamówienie publiczne jest zasadą, to wyjątki powodujące ograniczenia tej jawności nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający stosowanie tego przepisu. Tym samym Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokumenty jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Takimi informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być np. tylko nazwa określonego partnera handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich czy pewne dane stanowiące określona wartość gospodarcza dla danego wykonawcy (porównaj: wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., KIO 59/12).

Odwołujący wskazał na okoliczność, iż Qumak-Sekom S.A. w Warszawie, składając oferty w innych postępowaniach o zamówienia publiczne na wykonanie przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania, nie zastrzegał jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tym razem zastrzeżonych informacji i danych. W świetle wiedzy odwołującego, który jest naturalnym konkurentem QS, zastrzeżenie informacji, jak w niniejszym postępowaniu, zostało dokonane po raz pierwszy. Tym samym, dotychczasowa praktyka ww. wykonawcy, wskazuje, iż rzeczne dane i informacje, również w przekonaniu tego wykonawcy, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich zastrzeżenie jest bezpodstawne i bezprawne.

Według odwołującego analizując załącznik C do SIWZ, należy stwierdzić, że informacje zawarte w' wybranej ofercie nie są niepowtarzalne i nie można stwierdzić, iż informacje takie

stanowią know-how przedsiębiorstwa i stanowią one dla niego konkretną i najistotniejszą wartość gospodarczą, którą można wycenić dokonując wyceny przedsiębiorstwa. Na obecnym etapie postępowania (czyli w sytuacji złożenia oferty w oparciu o dany przez Zamawiającego Projekt Budowlany, Wykonawczy czy Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru robót Budowlanych, SIWZ i inną - przed wprowadzeniem ewentualnych zmian do tejże dokumentacji na etapie realizacji zamówienia), trudno też znaleźć takie informacje, które chronione byłyby np. prawami autorskimi.

Utajnienie tak dużej części oferty, tj. 106 ze 151 stron, jest w żadnej mierze niezasadne, gdyż w większości dotyczy kwestii powszechnie dostępnych na stronach internetowych, a także zawiera wiedzę powszechnie znaną wykonawcom z tej branży usług.

Tym samym nie można stwierdzić, aby którykolwiek z zastrzeżonych dokumentów spełniał wymogi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i tym samym aby mógł być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien bardzo dokładnie zbadać ofertę pod kątem spełnienia przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 ww. ustawy. Wydawanie środków publicznych powinno bowiem odbywać się w sposób transparentny dla podmiotów biorących w nim udział. Dlatego też jego oferta powinna być jawna dla wszystkich wykonawców, a tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i w niezbędnym zakresie może korzystać z ochrony poprzez utajnienie informacji mających dla Wykonawcy znaczącą wartość ("wartość gospodarczą") i w związku z tym czy mogą być zastrzeżone. Zamawiający dokonując badania zasadności utajnienia części oferty powinien przy tym zbadać, czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie powoływanym przez uczestników postępowania odwoławczego, a także stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, iż ustalenia faktyczne podane w odwołaniu i zreferowane powyżej, odpowiadają rzeczywistości.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucano w odwołaniu, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Natomiast według ust. 3 art. 7 zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Przepis art. 8 Pzp stanowi:

4. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
5. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
6. 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 [...].

Wskazane przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, konkretnie ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), w art. 11 ust. 4 stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Ponadto zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Przy czym wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Żadna z podniesionych w ramach zarzutów odwołania okoliczności nie stanowiła ani nawet nie odnosiła się do opisanych wyżej „kontratypów” niezgodności treści oferty QS z SIWZ. W związku z powyższym uznano, iż w odwołaniu brak w istocie zarzutów z tym związanych. Samo formalne wskazanie naruszenia przepisu odnoszącego się do odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ (art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy), nie jest zarzutem w rozumieniu art. 192 ust. 7 Pzp, nadającym się do rozpatrzenia przez Izbę.

Po analizie całości treści odwołania stwierdzono, iż wszystkie zarzuty w odwołaniu sformułowane, sprowadzają się jedynie do podniesienia bezprawności zastrzeżenia w ofercie QS jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu oferowanych produktów i usług (zał. C) oraz wykazu oprogramowania. Zakresem zarzutów odwołania nie objęto również zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa innych części oferty QS lub dokumentów do niej załączonych.

Tymczasem samo zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które nie wypełniają ustawowych przesłanek ich kwalifikacji jako informacje tego typu (w świetle art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Powyższe nie wypełnia również żadnej z innych przesłanek odrzucenia oferty opisanych w art. 89 ust. 1 Pzp lub przesłanek wykluczenia wykonawcy opisanych w art. 24 ustawy. Sankcją i następstwem jest w tym przypadku jedynie nieważność i nierespektowanie takiego zastrzeżenia, a nie odrzucenie oferty (*vide* uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt 111CZP 74/05). Jako taka, kwestia oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie nie odnosi się (zarówno formalnie,

jak i materialnie) do okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty bądź wykluczeniem wykonawcy (art. 24 i 89 w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy).

W świetle powyższego Izba nie stwierdziła, wskazywanego w odwołaniu, naruszenia przez zamawiającego dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba potwierdziła natomiast zarzuty bezprawnego zastrzeżenia w treści oferty QS, wskazanych wyżej wykazów sprzętu i oprogramowania.

Przepisy ustawy nie stanowią w jaki sposób zamawiający ma osiągnąć konkluzję związaną z kwalifikacją danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma w tym względzie żadnych obowiązków formalnych, poza tymi, które wynikają bezpośrednio z ustawy, konkretnie z art. 8 i 96 ust. 3 Pzp, tj. generalny obowiązek udostępniania wszystkich informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia (w przypadku ofert od chwili ich otwarcia), oraz szczególny (wyjątkowy) obowiązek nieudostępniania informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wypełniających wszystkie przesłanki opisane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sprawą zamawiającego pozostaje w jaki sposób dojdzie do przekonania w przedmiocie zasadności takiego zastrzeżenia. Działania bądź zaniechania zamawiającego w tym zakresie, będą oceniane w postępowaniu odwoławczym nie przez stopień zachowania należytej staranności zamawiającego i ilość podejmowanych działań w tym zakresie, ale przez ocenę materialnej trafności podjętej decyzji. W konsekwencji zamawiający, wdając się w spór, co do skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, winien udowodniać nie swoją należyłą staranność, ale udowodniać przed Izbą okoliczności przesądzające o kwalifikacji nieujawnianych przezeń informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 190 ust. 1 Pzp).

Postępowanie przed Izbą, jak wynika z przytoczonych wyżej przepisów, jest postępowaniem kontradyktoryjnym, z zasady realizującym postulat szybkości jego prowadzenia, gdzie szczególnego znaczenia nabiera rozkład ciężaru dowodu i inicjatywa dowodowa przejawiana przez strony. Natomiast dowodzenia, iż dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (bądź jej nie stanowią) polega na wykazaniu okoliczności odnoszących się do przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. kumulatywnego wykazania, iż informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej; mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inną wartość gospodarczą; a także podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W odniesieniu do przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji, można postulować poprzestanie na zwykłej deklaracji zastrzegającego tajemnicę wykonawcy – w przypadku oceny tego typu deklaracji jako wiarygodnej oraz przy braku dowodu przeciwnego, brak będzie podstaw aby podawane w niej fakty zakwestionować. Natomiast w przypadku przesłanek odnoszących się do charakteru zastrzeganych informacji, należy wymagać ustalenia obiektywnych (nawet jeżeli tylko swoistych i odnoszących się tylko do danego wykonawcy) cech technicznych,

technologicznych, organizacyjnych, *etc.* ..., tych informacji zamawiający, bądź przystępujący do postępowania odwoławczego po jego stronie, wykonawca, zastrzegający informacje w swojej ofercie, winni wskazać i wykazać fakty przesądzające o tego typu charakterze zastrzeżonych danych.

Odwołujący domagający się ujawnienia wskazanych części oferty, w zasadzie nigdy nie może przeprowadzić dowodu bezpośrednio przesądzającego charakter zastrzeżonych informacji, ponieważ nie zna ich treści. Może jedynie przeprowadzać dowody negatywne i pośrednie polegające na wykazywaniu niemożliwości zastrzegania danych (których zawarcia w ofercie konkurenta się domyśla) określonego typu, zwłaszcza w świetle przyjętej konstrukcji SIWZ, stanu rynku... *etc.*

Dowody tego typu usiłował m.in. przedstawić w ramach niniejszego postępowania odwoławczego, odwołujący. Podnosił w tym zakresie np., iż wobec konstrukcji SIWZ, zwłaszcza wymagań, co do wypełnienia Załącznika C (w większości kolumn i wierszy tego załącznika następowało jedynie deklaratoryjne potwierdzenie spełniania wymagań opisanych przez zamawiającego przez zaznaczenie opcji „spełnia/nie spełnia”), a także opisanego przy pomocy projektów przedmiotu zamówienia, w którym zamawiający opisał rozwiązania, które zamawia, a ich poszczególne części czy składowe są powszechnie znane na rynku. Tym samym, według odwołującego niemożliwe było zastrzeganie informacji i rozwiązań niestanowiących oryginalnych „pomysłów” przystępującego, ale stanowiących powielenie jawnego projektu zamawiającego lub znanych i powszechnie dostępnych rozwiązań rynkowych.

Co do zasady należy podzielić stanowisko odwołującego w tym przedmiocie. Rozwiązania „typowe” tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią, są rozwiązaniami powszechnie znanymi i dostępnymi, i jako takie nie mogą wypełniać przesłanki dotyczącej nieujawniania danej informacji do wiadomości publicznej. Jednakże w odniesieniu do niniejszego postępowania powyższe mogło nie znajdować zastosowania, ze względu na przyznaną przez samego odwołującego możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych do opisanych przez zamawiającego. Rozwiązania równoważne mogą być natomiast rozwiązaniami swoistymi, autorskimi, oryginalnymi, znanymi jedynie wykonawcy lub jego kooperantom, posiadającymi dlań znaczenie gospodarcze... *etc.* (Na marginesie zaznaczyć należy, iż niemożliwość oceny przez innych wykonawców równoważności oferowanych rozwiązań, czy szerzej, oceny zgodności nieujawnionej części oferty z SIWZ, podnoszona przez odwołującego, nie należy do ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka nie ma znaczenia dla oceny dopuszczalności zastrzeżenia oferty). Przy czym celem postępowania dowodowego nie jest w tym przypadku wykazanie samej możliwości tego typu kwalifikacji wskazywanych informacji, ale dowodzenie, iż zastrzeżone informacje rzeczywiście mają taki charakter i znaczenie.

Jak już wskazano powyżej, ciężar dowiedzenia okoliczności przesądzających charakter zastrzeżonych informacji spoczywa na zamawiającym (i/lub wykonawcy przystępującym po jego stronie). W takim przypadku to zamawiający winien pozytywnie wykazać okoliczności z których wywodzi skutki prawne – okoliczności pozwalające mu zakwalifikować informacje, których ujawnienia odmawia, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika z powołanych norm art. 8 *in extenso* i 96 ust. 3 Pzp zasadą postępowania

o udzielenie zamówienia jest pełna jawność jego dokumentacji, a ich zastrzeżenie i nieujawnianie jest wyjątkiem od tej reguły (art. 8 ust. 3). W związku z czym również zasady postępowania dowodowego winny respektować postulat nierozszerzania wyjątków kosztem zasad. Okoliczności przesądzające o możliwości nieujawniania informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą być stwierdzone i pewne, a nie tylko hipotetyczne i deklarowane. (Tym bardziej, iż po ww. uchwale Sądu Najwyższego, która właściwie zniosła jakiegokolwiek negatywne konsekwencje dla wykonawców w postaci odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą w przypadku nieuprawnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ich ofertach, instytucja ta, w praktyce zamówień publicznych jest coraz częściej nadużywana).

Tymczasem w ramach niniejszego postępowania odwoławczego wiarygodnych dowodów w tym zakresie zamawiający ani przystępujący, nie przeprowadzili.

Przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, stanowisko zamawiającego bardziej odnosiło się do możliwości uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa niż wykazanie, że faktycznie z tajemnicą przedsiębiorstwa mamy w tym przypadku do czynienia. Zamawiający nie wykazał okoliczności, które wskazywał i na które się powoływał. W sposób konkretny i weryfikowalny wykazał jedynie różnicę w ilości okablowania strukturalnego w poz. 1 zał. C oferty QS i w ofercie odwołującego, co w samo sobie miało niewielkie znaczenie dowodowe. Wykazywane różnice i oryginalność koncepcji w ofercie QS należało w tym przypadku odnieść, do stanowiącego punkt odniesienia opisu przedmiotu zamówienia. Samo porównanie ofert nie przesądzało, która z nich zawiera rozwiązania równoważne do przedmiotu zamówienia.

Natomiast wyjaśnienia i twierdzenia przystępującego w tym zakresie, zarówno podnoszone na rozprawie, jak i w piśmie z dnia 27.08.2012 r. skierowanym do zamawiającego, miały charakter głoślowych i niezweryfikowanych ogólników. Twierdzenia w nich zawarte, w przypadku ich wykazania i ukonkretnienia, jak najbardziej mogłyby przesądzić o uznaniu zasadności zastrzeżenia części oferty QS jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dowodów takich i konkretów niestety w nich zabrakło.

Nie jest pomiędzy stronami sporne, iż znaczna część informacji składająca się na utajniony w całości załącznik C nie była i być nie mogła objęta tajemnicą przedsiębiorstwa (chodzi w tym przypadku o informacje wytworzone przez zamawiającego, które wykonawcy do tego załącznika jedynie kopiowali). Nie zasługuje na podzielenie i przyjęcie stanowisko, iż w związku z takim, a nie innym kształtem załącznika C, narzuconym przez zamawiającego i jego integralnym charakterem, nawet jeżeli tylko część informacji w nim zawartych miała charakter niejawnny, to powyższe uprawniało do zastrzeżenia dokumentu w całości. Przeciwnie, zarówno wykonawca zastrzegając informacje w swojej ofercie oraz zamawiający udostępniając je innym wykonawcom, mogli technicznie wydzielić dane, które tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią (to tylko kwestia ich odpowiedniego wyodrębnienia, prezentacji i oznaczenia). Na tym tle należało spodziewać się i wymagać, dokładnego wskazania, które z informacji (zawarte w których częściach tabel poszczególnych wykazów) rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią i dlaczego zostały w ten sposób zakwalifikowane.

Tymczasem dopiero w odroczonym terminie rozprawy przystępujący raczył w ogóle wskazać, które z pozycji załącznika C prezentują rozwiązania równoważne, a więc oryginalne i inne w stosunku do rozwiązań opisanych przez zamawiającego. Przystępujący ani zamawiający nie byli natomiast w stanie wskazać, pomimo wyraźnych żądań Izby w tym zakresie, którym rozwiązaniom zaprojektowanym przez zamawiającego informacje te mają odpowiadać, czym uniemożliwili ocenę i stwierdzenie istotnych okoliczności w sprawie – okoliczności, czy rozwiązania oferowane rzeczywiście różnią się od opisanych w projekcie. Deklaracje co do oryginalności oferty w tym zakresie pozostały więc gołosłowne i nieudowodnione, a w świetle faktu, iż przez odniesienia ich do projektu łatwo mogły zostać zweryfikowane (udowodnione), a czego zamawiający z przystępującym, pomimo umożliwienia im powyższego przez Izbę, z sobie znanych powodów, nie raczyli przeprowadzić – uznać należało je również za niewiarygodne. Z tych samych względów, Izba nie oparła się w tym zakresie na przedłożonym na rozprawie przez przystępującego, oświadczeniu jego kooperanta, któremu we wskazanym kontekście przyznano moc dowodową równą deklaracjom przystępującego. Niezrozumiałe i zbędne pozostaje składanie jakichkolwiek oświadczeń i deklaracji, gdy fakty, do których się odnoszą, mogą być rzeczowo wykazać za pomocą innych, obiektywnych i dostępnych na rozprawie środków dowodowych (tu: porównania oferty z projektem).

Również za niewystarczające dla potwierdzenia unikalności powoływanych rozwiązań, i ich nieznaności czy niedostępności dla innych firm obecnych na rynku informatycznym, pozostają ogólne wyjaśnienia na temat swoistości zestawiania powszechnie dostępnego i znanego na rynku sprzętu i oprogramowania, różnych producentów. Przystępujący na rozprawie wskazywał na powyższe jedynie ogólnie (głównie przy pomocy metafor), a w odniesieniu do niektórych zestawień jedynie przykładowo (wskazywał gdzie w ofercie takie rozwiązania się znalazły). Nie wskazał natomiast na czym konkretnie w danym przypadku oryginalność i swoistość danego „zestawienia” miałyby polegać. Tym bardziej, że chociaż tego typu argumenty i wyjaśnienia, podnoszone na znacznym szczeblu ogólności brzmić mogą wiarygodnie, to przeważnie w przypadku ich ukonkretnienia, nie wytrzymują porównania z rzeczywistością. Ujmując powyższe inaczej: zestawienie i dobranie powszechnie znanych urządzeń i rozwiązań w funkcjonalną całość, rzeczywiście może stanowić oryginalne, nieznanie na rynku, rozwiązanie techniczne, technologiczne czy organizacyjne, posiadające znaczą wartość gospodarczą (i jako takie uzasadniać jego ochronę przy pomocy tajemnicy przedsiębiorstwa) – niestety przeważnie nie stanowi. Przystępujący winien więc wykazać, na czym oryginalność wskazywanych przezeń „zestawień” oprogramowania i sprzętu w przypadku jego oferty miałyby polegać, a czego nie uczynił.

W związku z powyższym nakazano odtajnienie nie tylko informacji notoryjnie jawnych, składających się na wykazy sprzętu i oprogramowania, zawartych w ofercie Qumak-Sekom, ale również informacji, które mogłyby być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w przypadku, gdyby wykazano w stosunku do nich spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przedstawionym powyżej stanie dowodowym sprawy, jakiegokolwiek tajemnicy przedsiębiorstwa w

zakwestionowanych w odwołaniu wykazach sprzętu i oprogramowania zastrzeżonych w ofercie QS, nie stwierdzono.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 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).

.....