

Sygn. akt: KIO 1661/13

**WYROK**

**z dnia 24 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 22 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2013 r. przez wykonawcę **PARAMEDYK J..... D....., ul. Siedzibna 32/8, 03-317 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów**,

przy udziale wykonawcy - **Boxmet-Medical Sp. z o. o., ul. Piskorzów 51, 58-250 Pieszycy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu odtajnienie informacji zawartych w ofercie złożonej przez Boxmet-Medical Sp. z o. o. z siedzibą w Pieszycach w zadaniu nr 2 w zakresie nazw handlowych, treści dokumentów deklaracji zgodności i certyfikatów zgodności dotyczących zaoferowanych wyrobów medycznych.
2. kosztami postępowania obciąża **Boxmet-Medical Sp. z o. o. w Pieszycach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PARAMEDYK J..... D....., ul. Siedzibna 32/8, 03-317 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Boxmet-Medical Sp. z o. o. z siedzibą w Pieszycach** na rzecz wykonawcy **PARAMEDYK J..... D....., ul. Siedzibna 32/8, 03-317 Warszawa** **kwotę 18 600 zł 00** gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, w tym z tytułu wpisu od odwołania – 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony – 3 600 zł.

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 **Warszawa-Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej - Celestynów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę zestawów komponentów oraz toreb do indywidualnego pakietu medycznego IPMed”.

Odwołujący: J..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARAMEDYK J..... D....., w Warszawie wniósł odwołanie od zaniechania podjęcia przez Zamawiającego czynności polegającej na:

- 1) odtajnieniu dokumentacji wyrobów medycznych (deklaracji i certyfikatów zgodności) oraz nazw poszczególnych wyrobów medycznych i ich wytwórcy (składniki zestawu wymagane przez Zamawiającego w załączniku nr 4a do SIWZ - Wymagania Taktyczno-Techniczne) zaoferowanych w zadaniu 2 (Zestaw komponentów do Indywidualnego Pakietu Medycznego IPMed) przez wykonawcę Boxmet Medical Spółka z z o.o. z siedzibą w Piskorzowie, pomimo tego, że informacje te nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, a dostęp do nich jest możliwy w zwykłym, dozwolonym toku czynności podjętych w trybie przewidzianym prawem;
- 2) udostępnieniu Odwołującemu do wglądu dokumentacji wyrobów medycznych (deklaracji i certyfikatów zgodności) oraz nazw poszczególnych wyrobów medycznych i ich wytwórcy zaoferowanych w zadaniu 2 jw. przez wykonawcę Boxmet Medical, pomimo tego, że informacje te zostały zastrzeżone w sposób nieuzasadniony i nieskuteczny.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 8 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zróżnicowanie sytuacji prawnej wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji faktycznej i prawnej w wyniku odmowy odtajnienia oraz udostępnienia do wglądu Wykonawcy dokumentów i informacji bezpodstawnie zastrzeżonych;
- 2) art. 8 ust. 1, 2 i 3 w związku z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub uznk) poprzez zaniechanie prawidłowego ustalenia czy informacje zastrzeżone przez Boxmet Medical jako tajemnica przedsiębiorstwa (nazwy handlowe i wytwórcy oferowanych wyrobów medycznych oraz certyfikaty i deklaracje zgodności wyrobów medycznych), mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa oraz poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia Wykonawcy informacji o nazwach handlowych i producencie oraz dokumentów wyrobów medycznych (certyfikaty i deklaracje) oferowanych przez Boxmet Medical (jako składniki IPMed) w zadaniu 2 (Zestaw komponentów do

Indywidualnego Pakietu Medycznego IPMed) i bezpodstawne uznanie, że utajnione informacje i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Boxmet Medical;

Odwołujący wniósł o:

- 1) uznanie odwołania za zasadne,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odmowy ujawnienia i udostępnienia informacji o nazwach handlowych i nazwach wytwórców oraz dokumentów wyrobów medycznych (certyfikaty i deklaracje zgodności wyrobów medycznych) oferowanych przez Boxmet Medical jako składniki zestawu IPMed w zadaniu 2 (Zestaw komponentów do Indywidualnego Pakietu Medycznego IPMed),
- 3) nakazanie Zamawiającemu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a także nakazanie ujawnienia, zawiadomienia Odwołującego o odtajnieniu ww. dokumentów i informacji, a także nakazanie udostępnienia Odwołującemu do wglądu informacji o nazwach handlowych i wytwórcy oraz dokumentów wyrobów medycznych (certyfikaty i deklaracje zgodności wyrobów medycznych) oferowanych przez Boxmet Medical jako składniki zestawu IPMed w tym postępowaniu przetargowym (składniki zestawu wymagane przez Zamawiającego w załączniku nr 4a do SIWZ - Wymagania Taktyczno-Techniczne) w zadaniu 2.

Odwołujący wskazuje, że jego interes w złożeniu odwołania wynika z faktu, że zaskarżone zaniechanie Zamawiającego uniemożliwia dokonanie analizy i weryfikacji oferty złożonej przez Boxmet Medical z punktu widzenia jej zgodności z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ. W konsekwencji pozostawienie jako utajnione przez Zamawiającego przedmiotowych informacji (nazwy handlowe i producenci oferowanych przez Boxmet Medical wyrobów medycznych) oraz dokumentów (certyfikaty i deklaracje zgodności wyrobów medycznych) może uniemożliwić Odwołującemu weryfikację prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców, w tym przez Boxmet Medical.

Ofertę najkorzystniejszą cenowo złożył w postępowaniu wykonawca Boxmet Medical Spółka z o.o. Odwołujący powinien mieć możliwość ustalenia czy oferta ta spełnia wymagania SIWZ, lub też ustalenia, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odmowa udostępnienia dokumentów i informacji stanowiących element oferty Boxmet Medical uniemożliwia Odwołującemu ewentualne zaskarżenie czynności Zamawiającego podjętych przez niego w stosunku do tej oferty w trakcie badania i oceny ofert oraz w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej.

Na poparcie stanowiska, że odmowa udostępnienia jednemu z wykonawców informacji i dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa daje uprawnienie do złożenia odwołania, odwołujący wskazał na orzecznictwo Izby KIO 2597/12, 1172/11.

W dniu 04 lipca 2013 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, że w dniu 2 lipca 2013 r. skierował do Boxmet Medical wnioszek, w którym wnosił o wyjaśnienie, czy wszystkie dokumenty złożone w kopercie „B” faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi firma Boxmet Medical poinformowała Zamawiającego, że wszystkie dokumenty złożone w kopercie „B” stanowią tajemnicę jej przedsiębiorstwa, bowiem zawierają informacje techniczne, technologiczne stanowiące wartość gospodarczą dla spółki. W konsekwencji Zamawiający, pismem z dnia 4 lipca 2013 r. odmówił Wykonawcy udostępnienia żądanych przez niego danych i informacji.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia takiej tajemnicy (wyrok KIO 1368/11). Przesłanki zawarte w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy znku winny być spełnione kumulatywnie. Zamawiający może odtajnić zastrzeżone informacje bez konsultacji z wykonawcami, o ile ustali, że bezzasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców nie budzi żadnych wątpliwości (uchwała KIO z dnia 29.09.2011 r., sygn. akt KIO/KD 73/11).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dokonał należytego badania oferty Boxmet Medical w zakresie skuteczności zastrzeżenia przez tego wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie powinien był poprzestać na wystosowaniu do tego wykonawcy pisma z zapytaniem "czy wszystkie dokumenty złożone w kopercie B stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zawierają informacje techniczne, technologiczne, czy też organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą" oraz czy w stosunku do informacji zamieszczonych w dokumentach tajnych podjęto niezbędne działania w celu poufności (wezwanie z dnia 02 lipca 2013 r.).

Skoro w odpowiedzi wykonawca trwał przy swoim stanowisku dot. wszystkich dokumentów umieszczonych w kopercie „B ”, to na Zamawiającym ciążył obowiązek precyzyjnego zbadania, czy zakaz ujawniania tych informacji ma podstawy w przepisach prawa. Tym bardziej, że pismo Boxmet Medical z dnia 3 lipca 2013 r. ma charakter bardzo ogólny, zawiera przede wszystkim informacje co do charakteru i definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przesłanek skuteczności jej zastrzeżenia, nie odnosząc się w ogóle do poszczególnych elementów (danych obejmujących nazwy handlowe i nazwy wytwórców oraz certyfikaty i deklaracje zgodności wyrobów medycznych), do których dostępu domagał się Odwołujący.

Zamawiający winien był (czego jednak nie uczynił) poddać rzeczowej krytyce oświadczenie Boxmet Medical o tym, iż dokumenty w kopercie „B” zawierają rzekome informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne, których poufność Boxmet Medical chroni m.in. stosując odpowiednie klauzulę o karach umownych w umowach ze swoimi pracownikami,

współpracownikami i kontrahentami. Zamawiający nie sprawdził jakiego rodzaju informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Boxmet Medical mają lub nie mają takiego charakteru, a w konsekwencji czy mogą zostać ujawnione w wyniku odtajnienia dokumentów wyrobów medycznych (certyfikatów CE, deklaracji zgodności) lub też w wyniku ujawnienia nazw handlowych i nazw producenta oferowanych przez Boxmet Medical produktów. Ponadto Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił czy dokumenty te w całości, czy też może w oznaczonej części powinny pozostać utajnione, czy też mogą zostać ujawnione innym wykonawcom). W szczególności w ocenie Odwołującego trudno dać wiarę, że informacje o nazwie handlowej, czy też wytwórcy oferowanego asortymentu (składników, komponentów zestawu IPMed) mogą być nośnikiem jakichkolwiek informacji o charakterze technicznym, technologicznym czy handlowym, którym można byłoby przypisać jakąkolwiek wartość gospodarczą. Zamawiający w sposób całkowicie bierny zaakceptował pogląd zaprezentowany przez Boxmet Medical, że wszystkie dokumenty w kopercie „B” stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie próbował nawet ocenić zasadności tego zastrzeżenia w odniesieniu do pewnych elementów tych dokumentów, jakimi są nazwa handlowa oraz nazwa producenta oferowanego przez Boxmet Medical asortymentu.

Nieudowodnione są twierdzenia, że firma ta podjęła wobec tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, w szczególności zastosowanie środków ochrony fizycznej oraz odpowiednich instrumentów prawnych, a także poprzez ograniczenie kręgu osób, które mają do nich dostęp. Obowiązki w zakresie badania skutecznego zastrzeżenia elementów oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa ciążyą nie tylko na Zamawiającym, ale także pewne obowiązki w tym zakresie ma wykonawca, który zastrzega część swojej oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Oświadczenie Boxmet Medical jest niezwykle ogólne, nie odnosi się do poszczególnych dokumentów, czy też informacji, których dostępu domaga się Odwołujący (certyfikaty i deklaracje zgodności, dane o nazwie handlowej i producencie wyrobu medycznego), ale ogólnie stwierdza, że wszystkie dokumenty w kopercie „B” mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

„Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien zadać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia. że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony. Brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Wykonawca, który zamierza zastrzec część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa winien w zakresie niezbędnym i uzasadnionym przepisami prawa wskazać wiadomości mające zostać poufnymi, a następnie na wezwanie Zamawiającego w sposób pełny i precyzyjny odnieść się do każdego zastrzeżonego dokumentu lub do jego utajnionej części. Te wyjaśnienia winny być na tyle pełne, aby umożliwić zarówno zamawiającemu jak i

organowi rozpatrującemu ewentualne odwołanie w tym zakresie. odniesienie się do zastrzeżonych informacji. Zasada jawności jest podstawową zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny być interpretowane w sposób ścisły i winny być odpowiednio uzasadnione. „Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie. Należy w tym miejscu wskazać, że to na wykonawcy powołującym się na tajemnice przedsiębiorstwa ciąży obowiązek wykazania okoliczności uzasadniających zastrzeżenie określonych informacji. Obowiązek ten istnieje zarówno wobec zamawiającego (który co do zasady zobligowany jest ujawnić wszelkie dokumenty złożone w postępowaniu), jak i w postępowaniu odwoławczym”. W orzecznictwie przyjęto również, że badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa "nie może być bezkrytyczne, powinno być poparte uzyskanymi od wykonawcy dowodami, iż w istocie zastrzeżenie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie jest np. czynione w celu ograniczenia konkurentom wglądu do oferty i jej weryfikacji" (tak: KIO 1308/11). W literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie wskazuje się, że obowiązek wykazania, że informacje, na których ujawnienie nie wyraził zgody wykonawca - spełniają wszystkie ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa - obciąża tego wykonawcę. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji (457/12). Boxmet Medical nie tylko nie udowadnia, ale nawet nie uprawdopodobniła w swoim oświadczeniu, że nazwy handlowe i nazwy producentów oferowanych wyrobów medycznych stanowią tajemnicę jej przedsiębiorstwa, a mimo to Zamawiający odmówił Odwołującemu dostępu do nich. Dowód ze strony Boxmet Medical dotyczący wykazania, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa tej firmy zostało uczynione skutecznie, w świetle żądania Odwołującego (dot. dostępu nie tylko do dokumentów, ale też do ich oznaczonych elementów, jak zamieszczone w dokumentach nazwy handlowe oraz nazwy producentów oferowanego asortymentu), powinien - zgodnie z przytoczonym powyżej orzecznictwem KIO -odnosić się bardzo precyzyjnie do konkretnych danych i dokumentów, których ujawnienia domaga się Odwołujący.

Podmiot zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia na etapie badania i oceny ofert. Zamawiający nie może

zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie i w efekcie tych działań może w stosunku do niektórych informacji uznać, że można je ujawnić mimo formalnie poprawnego zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę. Zarówno działania Zamawiającego, jak i wyjaśnienia złożone przez Boxmet Medical w nie mogą być uznane za wystarczające do przyjęcia, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa nazw handlowych i nazw wytwórców oferowanego przez tego wykonawcę asortymentu składającego się na zestaw IPMed (zadanie 2), czy też zastrzeżenie certyfikatów i deklaracji zgodności oferowanych wyrobów medycznych zostało dokonane zasadnie i skutecznie. Stąd też winno to skutkować koniecznością udostępnienia Odwołującemu danych i dokumentów, których ujawnienia się on domaga od Zamawiającego. W bezpośrednim związku z omawianym zagadnieniem pozostaje postawiony przez Zamawiającego w powołanych na wstępie postanowieniach SIWZ oraz załączników do SIWZ (w załączniku 4a do SIWZ, dołączonym do SIWZ jako katalog plików PDF) przedstawiającym „Wymagania taktyczno-techniczne dla zestawu IPMed (Indywidualny Pakiet Medyczny)” obowiązek dołączenia do oferty dokumentów dopuszczających wyrób do użytkowania zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r. W myśl z kolei przepisów ustawy o wyrobach medycznych dokumentami dopuszczającymi wyrób medyczny do obrotu i użytkowania są: certyfikat CE wyrobu medycznego (art. 11 ustawy o wyrobach medycznych), deklaracje i certyfikaty zgodności z wymaganiami zasadniczymi (art. 29 ustawy o wyrobach medycznych oraz - w odniesieniu do wyrobów medycznych będących przedmiotem postępowania przetargowego - przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 12 stycznia 2011 r. w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych (Dz.U.2011.16.74), potwierdzenia zgłoszenia lub powiadomienia Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (art. 58-60 ustawy o wyrobach medycznych).

W zasadzie dane i informacje których ujawnienia domaga się Odwołujący gromadzone są w bazie danych prowadzonej przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych i do danych tych oraz informacji, w myśl przepisu art. 91 pkt 1 ustawy o wyrobach medycznych, ma dostęp każdy zainteresowany w trybie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Na identycznych zasadach każdy zainteresowany ma dostęp do danych i informacji zamieszczonych w certyfikatach zgodności, które zostały załączone w trakcie dokonywania zgłoszenia wyrobu medycznego (art. 91 pkt 3 ustawy o wyrobach medycznych).

W ocenie Odwołującego zasady przedstawione w powołanym orzecznictwie powinny znaleźć pełne zastosowanie do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Jak wynika z przepisów ustawy o wyrobach medycznych informacje, do których Odwołujący domaga się dostępu, które



zostały zastrzeżone przez Boxmet Medical jako tajemnica przedsiębiorstwa takiego charakteru z oczywistych względów mieć nie mogą. Informacje te nie są również informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą, gdyż nie obrazują żadnych sposobów wytwarzania, wzorów i metod działania Boxmet Medical. Ponadto zgodnie z wzorem umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) szczegółowe zestawienie asortymentowo - ilościowo - cenowe stanowi załącznik nr 1 do umowy. Zestawienie to obejmuje zatem szczegółowe informacje o asortymencie oferowanym w niniejszym postępowaniu przetargowym, a zatem z całą pewnością obejmuje co najmniej dane dotyczące nazwy handlowej oferowanego wyrobu medycznego (oraz najprawdopodobniej również dane dotyczące nazwy wytwórcy), a więc informacje, do których dostępu domaga się Odwołujący.

W ocenie Odwołującego nie może zostać uznana za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa informacja, która funkcjonuje już w powszechnej świadomości, a zatem dostęp do niej z samej istoty nie może być limitowany (również ze względów czysto faktycznych i technicznych).

Uwagi co do powszechnej wiedzy o nazwie handlowej występującego w obrocie produktu zachowują swoją pełną aktualność również w odniesieniu do informacji o nazwie producenta takiego produktu. Zgodnie z przepisem art. 13 ust. 2 ustawy o wyrobach medycznych „Nazwę i adres wytwórcy podaje się w oznakowaniu wyrobu i w jego instrukcji używania, a nazwę i adres autoryzowanego przedstawiciela podaje się w oznakowaniu wyrobu lub w jego instrukcji używania”. Skoro istnieje ustawowy obowiązek podania danych, o udostępnienie których wystąpił Odwołujący (nazwa wytwórcy), dane te umieszczane są w oznakowaniu wyrobu i instrukcji jego używania, to w żadnym wypadku informacje te nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Poprzez wprowadzenie wyrobu do obrotu dane te stały się informacjami powszechnie dostępnymi. Są to zatem z całą pewnością dane udostępnione do wiadomości publicznej. Dane te z oczywistych zatem względów nie mogą być utajnione przez Boxmet Medical, bowiem nie spełniają przesłanek potraktowania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy znku (tj. co najmniej przesłanki nieujawnienia do wiadomości publicznej). Ponadto trudno przyjąć, że dane te mają charakter informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub innej informacji posiadającej wartość gospodarczą. Jeżeli już dla jakiegokolwiek podmiotu taka informacja miałaby wartość gospodarczą, to z pewnością nie dla Boxmet Medical, ale przede wszystkim dla wytwórcy oferowanego wyrobu medycznego. Jak podkreśla się w orzecznictwie „Sama wiedza o tym, jakie produkty spełniają wymagania SIWZ, jeśli równocześnie nie wiąże się to z opracowywaniem produktów specjalnie na potrzeby danego postępowania, lecz bazuje na standardowych, istniejących i dostępnych na rynku nie może być uznane za tajemnicę

przedsiębiorstwa (tak: wyrok KIO 1172/11; KIO/UZP 2793/10). Wypada zaznaczyć że Boxmet Medical nie jest wytwórcą oferowanych wyrobów medycznych, ale oferuje wyroby wytwarzane przez inne firmy, które z kolei informacje o swojej ofercie asortymentowej upowszechniają chociażby w sieci Internet, czy też w swoich folderach, podczas targów, konferencji.

Zamawiający wymagał, aby oferowane przez wykonawców wyroby medyczne były dopuszczone do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej (vide: § 1 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ), jak również wymagał (w załączniku nr 4a - „Wymagania taktyczno-techniczne dla zestawu IPMed Indywidualny Pakiet Medyczny”, w części opisującej „INNE” wymagania dla zamawianego asortymentu) dołączenia do oferty dokumentów dopuszczających wyrób do użytkowania zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych) zasady wynikające z przytoczonych wyroków powinny znaleźć pełne zastosowanie do informacji i dokumentów, do których dostępu domaga się Odwołujący. Są to bowiem dane i dokumenty mający potwierdzać, że oferowany przez Wykonawców asortyment (wyroby medyczne składające się na zestaw IPMed w zadaniu 2) spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego, a zatem nie mogą zostać utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający w piśmie z dnia 19 lipca 2013 r. które wpłynęło do Izby dnia 22 lipca 2013 r. oświadczył, że uznaje złożone odwołanie za zasadne w całości i stwierdził, że dokona czynności zaniechanych zgodnie z żądaniem odwołującego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników oświadczenie, że zgłasza sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że informacje upublicznione na jego stronie internetowej są ogólnymi informacjami o produkcji IPMed, bez wskazania konkretnych modeli wyrobów wchodzących w jego skład. Wskazał na złożone zamawiającemu wyjaśnienia w piśmie z 15 lipca 2013 r., w których potwierdził zasadność zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Stwierdził w tym piśmie, że są to informacje zawierające dane techniczne materiałów wykorzystanych do produkcji Pakietu Medycznego, a także informacje dotyczące producentów poszczególnych elementów pakietu. Dla spółki informacje te mają znaczenie i stanowią informacje organizacyjne i handlowe o wartości gospodarczej. Przystępujący stwierdził, że własnym staraniem i kosztem wypracował optymalny skład oferowanego pakietu z wybranymi przez siebie elementami z całej gamy produktów dostępnych na rynku. Z dostawcami ustalił

korzystne warunki współpracy. Wskazał na postanowienie z 15 maja 1996 r. Sądu Antymonopolowego, który stwierdził, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy znku dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu. Podtrzymał deklarację o klauzuli poufności, stwierdził, że osoby mające dostęp do informacji poufnych mają podpisane umowy z klauzulami poufności, zabezpieczeniu informacji w systemie informatycznym i określonych miejscach w siedzibie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację postępowania, treść ofert i wyjaśnień pisemnych wykonawców oraz wyjaśnienia stron i uczestników złożone w toku postępowania odwoławczego na piśmie oraz na rozprawie do protokołu, zważyła, co następuje:

Przepis art. 8 ustawy Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, iż to zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady. Przepis art. 8 ust. 2 Pzp zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie. W ust. 3 powyższego przepisu ustawodawca zakazuje zamawiającemu udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzeże, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje te nie mogą być udostępnione.

Z treści przepisu art. 8 ustawy Pzp, w szczególności z treści nakazu wyrażonego przez ustawodawcę „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu [...]”. wynika obowiązek badania przez zamawiającego czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Zamawiający jest zobowiązany do samodzielnej oceny czy zachodzą przypadki określone w ustawie uprawniające do ograniczenia jawności. Izba w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność

dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Zgodnie z treścią art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59): informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów oraz zacytowaną wyżej definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała, że informacje zawarte w ofercie przystępującego, a dotyczące nazw wyrobów medycznych oraz faktu ich dopuszczenia do obrotu i używania zgodnie z zasadami ustawy o wyrobach medycznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich zastrzeżenie nie powinno podlegać ochronie. Należy przy tym zauważyć, że wykonawca zastrzegając tajemnicę nie wykazał zajścia przesłanek skutecznego zastrzeżenia i nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów na poparcie stanowiska. Poza deklaracją własną nie wskazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania żądanej poufności. . Na potrzeby niniejszego postępowania wskazał jedynie przykładowe umowy z pracownikami spółki, w tym obarczone wadami prawnymi wskazanymi zasadnie w toku rozprawy przez odwołującego, który zauważył, że z naruszeniem przepisów kodeksu spółek handlowych umowy zawarte zostały między członkami zarządu a spółką niereprezentowaną przez pełnomocnika.

Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie jest wynikiem uznania przez skład orzekający, że z zastrzeżeniem prawa do utajniania niektórych informacji, prawo to nie może uchybiać

zasadzie jawności służącej najczęściej w praktyce umożliwieniu wzajemnej kontroli przez wykonawców konkurujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze, że istotą tej kontroli jest wzajemna ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w sprawie rozpoznawanej w szczególności zgodności treści oferty z postanowieniami siwz Izba uznaje, że niezasadne jest ograniczanie dostępu do treści oferty w części opisującej przedmiotowy zakres oferty.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzuty naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia przepisu art. 7 ust 1, art. 8 ust 1- 3, 96 ust. 3 ustawy pzp i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji potwierdziły się w części.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238), z których wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił sprzeciw, koszty postępowania ponosi wnoszący sprzeciw.

**Przewodniczący:** .....