

Sygn. akt: KIO 1438/11

WYROK
z dnia 20.07.2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19.07.2011 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **06.07.2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) WASKO SA. (Lider); 2) GIS Partner Sp. z o.o. z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Główny Geodeta Kraju w imieniu, którego działa Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1438/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje odtajnienie i ujawnienie informacji zawartych w poz. 1 i 3 wykazu wykonanych usług wraz ze stosownymi dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług wymienionych w wykazie w tych pozycjach, zawiadomienie Odwołującego o ujawnieniu niniejszych dokumentów we wskazanym zakresie, jak i udostępnienie niniejszych dokumentów we wskazanym zakresie Odwołującemu w terminie uzgodnionym przez strony z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Główny Geodeta Kraju w imieniu, którego działa Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) WASKO SA. (Lider); 2) GIS Partner Sp. z o.o. z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Głównego Geodety Kraju w imieniu, którego działa Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) WASKO SA. (Lider); 2) GIS Partner Sp. z o.o. z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1438/11

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Budowę i wdrożenie systemu teleinformatycznego w ramach projektu TERYT 2*” (nr referencyjny: ZP/BO-4-2500-27/KN-2500-4/T2/2011), zostało wszczęte przez Skarbu Państwa – Główny Geodeta Kraju w imieniu, którego działa Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 81-133807 w dniu 27.04.2011 r.

W dniu 13.06.2011 r. faxem Konsorcjum Firm: 1) WASKO SA. (Lider); 2) GIS Partner Sp. z o.o. z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice zwane dalej: „*Konsorcjum WASKO*” albo „*Odwołującym*” złożyło wnioszek o udostępnienie do wglądu i wykonanie kopii złożonych ofert oraz protokołu z postępowania.

W dniu 21.06.2011 r. Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa zwany dalej: „*Zamawiającym*” poinformował o terminie wnioskowanego wglądu. W dniu 27.06.2011 r. Konsorcjum WASKO udostępniono do wglądu i wykonanie kopii złożonych ofert za wyjątkiem części zastrzeżonej jako tajemnicy przedsiębiorstwa firmy Comarch S.A.

W dniu 06.07.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”, Konsorcjum WASKO wniosło odwołanie na zaniechanie czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. od zaniechanie odtajnienia (udostępnienia) zastrzeżonej części oferty Comarch S.A. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 06.07.2011 r. (faxem). W ocenie Odwołującego przedmiotem zastrzeżenia był wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokumenty potwierdzające, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wykaz należało sporządzić zgodnie z zał. nr 6 do SIWZ) oraz pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędných zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie inne dokumentów, za pomocą których wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami

niezbędnymi do realizacji zamówienia), pomimo iż informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia (odtajnienia) i udostępnienia Odwołującemu:

i. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wykaz należało sporządzić zgodnie z zał. nr 6 do SIW2) oraz pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie innych dokumentów, za pomocą których wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia), które to dokumenty stanowią część oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę ComArch S.A., pomimo iż informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) ujawnił (odtajnił):

i. wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokument potwierdzający, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wykaz należało sporządzić zgodnie z zał. nr 6 do SIWZ) oraz pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie inne dokumenty, za pomocą których wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia), które to dokumenty stanowią część oferty złożonej w postępowaniu przez ComArch S.A.,

b) zawiadomił Odwołującego o ujawnieniu (odtajnieniu) ww. dokumentów,

c) udostępnił Odwołującemu ww. dokumenty.

W dniu 27.06.2011 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu do wglądu oferty złożone w postępowaniu, w tym ofertę ComArch S.A.. Podkreślił, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie fragment oferty złożonej przez wykonawcę ComArch S.A., powołując

się na zastrzeżenie w niej zawarte. ComArch S.A. zastrzegł bowiem w swoich ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa żądany przez Zamawiającego w SIWZ wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokument potwierdzający, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wykaz należało sporządzić zgodnie z zał. nr 6 do SIWZ). Ponadto zauważył, że jeżeli wykonawca ComArch S.A. wykazując spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, to zastrzegł w swojej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie inne dokumenty, za pomocą których wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia). Co za tym idzie, udostępnione Odwołującemu fragmenty ofert nie zawierały wszystkich dokumentów żądanych przez Zamawiającego w SIWZ.

W ocenie Odwołującego, nie budzi najmniejszych wątpliwości, że nawet jeśli ww. dokumenty zostały zamieszczone w ofercie ComArch, S.A. to w żadnym wypadku ich treści nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie przez wykonawcę ComArch S.A. było i jest bezpodstawne. Przypomniał, że zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi natomiast, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z paragrafem drugim powołanego przepisu Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jeden z takich przypadków wskazany został w ustępie trzecim powołanego przepisu, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) zgodnie z którym 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. W ocenie Odwołującego dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę ComArch S.A. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku SN z 21.10.2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający winien je odtajnić czego nie uczynił. Takie działanie Zamawiającego w jaskrawy sposób narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Odnośnie zastrzeżenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług oraz dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, Odwołujący wskazuje i podkreśla, że w orzecznictwie KIO istnieje ugruntowane stanowisko, iż można zastrzec wyjątkowo informacje dotyczące zamówień realizowanych na rzecz podmiotów prywatnych. Ponieważ usługi wykonane/wykonywane na potwierdzenie spełnienia warunku muszą dotyczyć:

„1) co najmniej jednego zamówienia na zaprojektowanie, budowę i wdrożenie systemu bazodanowego, o wartości zamówienia nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto, w ramach którego wykonano podsystem GIS wraz z serwerem danych przestrzennych o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto;

2) co najmniej jednego zamówienia na zaprojektowanie, budowę i wdrożenie systemu bazodanowego, posiadającego interfejsy do systemów zewnętrznych, o wartości zamówienia nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto;

3) (usunięty przez Zamawiającego - przyp. Odwołujący)

4) co najmniej jednego zamówienia na budowę i wdrożenie systemu informatycznego opartego na architekturze klient-serwer, umożliwiającego edycję danych przestrzennych (geometria i atrybuty) za pomocą przeglądarki internetowej z wykorzystaniem narzędzi graficznych”, przy czym „wyżej wymienione usługi mogą być wykonane w ramach jednego lub odrębnych zamówień”, to uzasadnione jest przypuszczenie, że usługi te zostały zrealizowane na rzecz podmiotów publicznych, a nie prywatnych. Podmioty prywatne bowiem niezwykle rzadko zamawiają systemy typu GIS, serwery danych przestrzennych, czy systemy umożliwiające edycję danych przestrzennych (geometria i atrybuty). Zazwyczaj ww. systemy i serwery są zamawiane przez podmioty, instytucje i urzędy mające ustawowe obowiązki w zakresie geodezji i kartografii, takiej jak jednostki samorządu terytorialnego, czy Główny Urząd Geodezji i Kartografii. Co więcej, można z dużym prawdopodobieństwem przypuszczać, że dostawy wykazane przez wykonawcę ComArch S.A. zostały zamówione z zachowaniem przepisów o zamówieniach publicznych, a zatem informacje na ich temat są jawne, zarówno w Unii Europejskiej jak i w większości państw świata. Tym samym wykonawca ComArch S.A. w złożonym wykazie zapewne powołuje się na doświadczenie nabyte w realizacji zamówienia na rzecz podmiotu publicznego.

Również wymagane przez Zamawiającego minimalne wartości systemów bazodanowych wskazują, że musiały one zostać wykonane dla podmiotów publicznych, jeżeli oczywiście usługi wykazane przez wykonawcę ComArch S.A. spełniają wymagania Zamawiającego co do wartości. Podmioty prywatne bardzo rzadko zamawiają systemy bazodanowe o tak znacznej wartości, zazwyczaj odbiorcą takich systemów są podmioty publiczne. Podkreślił, że większość wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, w tym Odwołujący, nie zastrzegło w swoich ofertach ani wykazu wykonanych/wykonywanych usług, ani dokumentów potwierdzające ich należyte wykonanie/wykonywanie. Z informacji zawartych w ww. niezastrzeżonych wykazach wynika, że wszystkie usługi, na jakie powołali się wykonawcy, zostały wykonane na rzecz podmiotów publicznych, a nie prywatnych, co potwierdza zasadność niniejszego zarzutu.

Jeżeli ComArch S.A. wykazując spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b Pzp, to za bezpodstawne i niczym nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie w ofercie złożonej przez wykonawcę ComArch S.A. pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie innych dokumentów, za pomocą których wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia). Ww. dokumenty nie zawierają bowiem żadnych informacji, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Podkreślił, że wyłącznym celem złożenia ww. dokumentów jest udowodnienie Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ww. dokumenty mają potwierdzać tylko i wyłącznie tą okoliczność. Co więcej, skoro bezpodstawne było zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu wykonanych/ wykonywanych dostaw oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie/wykonywanie, to nie sposób respektować zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, które opisane zostały w ww. wykazie i dokumentach. Zobowiązania zawierać będą co najwyżej te same informacje na temat dostaw, co bezprawnie zastrzeżone wykazy, a dodatkowo wskazywać kto komu udostępnia wiedzę i doświadczenie, czego również nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstw, skoro wiadomo, kto złożył daną ofertę, a z wykazu i dokumentów załączonych do wykazu wynika, kto wykonał daną dostawę.

W ocenie Odwołującego, jest oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez ComArch S.A. wszystkich ww. dokumentów nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym Odwołującemu, weryfikacji ich ofert pod kątem spełniania warunków

udziału w postępowaniu. Poprzez bezprawne zastrzeżenie wykonawca Comarch chce uniemożliwić innym wykonawcom sprawdzenie, czy faktycznie spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 01.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 745/08, jak i wyroku z dnia 27.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1110/08, oraz wyrok z dnia 29.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1455/08. Reasumując stwierdził, że zaniechanie zweryfikowania podstaw zastrzeżenia przez wykonawcę ww. dokumentów zostało dokonane przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów Pzp. Takie działanie Zamawiającego wskazuje na rażące naruszenie naczelnej zasady obowiązującej w systemie zamówień publicznych, jaką jest zasada równego traktowania wykonawców. Wskazane powyżej zaniechania Zamawiającego prowadzą do wniosku, że Zamawiający nie prowadzi postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, ewidentnie naruszając w szczególności dyspozycję art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 06.07.2011 r. wezwał e-mailem oraz listownie w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08.07.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków zwany dalej: „Comarch S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 15.07.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło pismo procesowe Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Odpisy pisma procesowego zostały przekazane Zamawiającemu oraz Odwołującemu na posiedzeniu. Przystępujący wskazał, że jego działanie jest na gruncie Pzp dopuszczalnym ograniczeniem w zakresie jawności. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 Pzp wykonawca może zastrzec, iż część oferty nie może być udostępniona, wyłącznie w przypadku, gdy zawiera ona informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Comarch S.A. poprawnie zakwalifikował wskazane w ofercie informacje jako część oferty zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) oraz wypracowanej przez doktrynę i judykaturę wykładni tego przepisu. Zastrzeżone we wskazanych przez Odwołującego dokumentach/oświadczeniach informacje należy brać pod uwagę jako jedną całość składającą się na treść dokumentu, nie mogą one być wyrywkowo wyciągane z kontekstu, ponieważ w takim przypadku mogłoby pośrednio dojść do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje jako całość nie

zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Comarch S.A. podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: *„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”*. Z legalnej definicji terminu „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy wskazanej powyżej wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy (posiada wartość gospodarczą) przedsiębiorstwa, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł, wzorów i metod działania. Z kolei informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacjami organizacyjnymi są natomiast dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, takie np. jak struktura organizacyjna, procedury organizacyjne, procedury zdalnego dostępu, numery telefonów wewnętrznych, kody księgowo, systemy przetwarzania informacji, instrukcje i procedury bezpieczeństwa. Ze względu na indywidualny charakter informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest możliwe ich wyczerpujące wyliczenie. W orzecznictwie SN wskazano, że informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań, (np. orzec. SN - Izba Cywilna z 6.06.2003, IV CKN 211/01; orzec. SN z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzec. SN z dnia 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67). *„Art. 11 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji -istnienie zasięgu stanu tajemnicy - uzależnia od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym*

wyływem danych. Wybór informacji mających zostać objętymi poufnością należy oczywiście do przedsiębiorcy. Jednakże wybór ten, co do zakresu stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji (art. 11 ust. 4 ustawy)". (Zob. Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2001-09-05, I CKN 1159/00, opubl: OSNC 2002, Nr 5, poz. 67).

Odnosnie warunku trzeciego, należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Przystępujący odniósł się do kwestii zastrzeżenia następujących dokumentów/oświadczeń: 1. Wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należycie oraz 2. Zobowiązania oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów. Względem pierwszych z nich wskazał, że chodzi o informacje handlowe tj. mające istotną wartość gospodarczą. Dane zamieszczone w tej części oferty stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość firmy Comarch S.A. Zastrzeżone zostały zamówienia, które bądź to zostały zrealizowane jako zamówienia niepubliczne dla zleceniodawców „prywatnych”, na których temat informacje nie są publicznie dostępne, bądź to zostały zrealizowane jako zamówienia publiczne, co jednak nie powoduje, że wszystkie informacje związane z realizacją zamówienia miałyby być jawne. Przede wszystkim należy zauważyć, że zgodnie z art. 139 ust. 3 Pzp są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Należy mieć na względzie te zasady wyrażone w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, mówiące m.in. o tym, że (art. 5 ust. 1 i 2) prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych; także ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastosowanie znajdują więc przepisy ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W branych pod uwagę jako całość Wykazie wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług została zawarta wiedza, która pozwala konkurencji zapoznać się z wieloma aspektami działalności przedsiębiorcy. Ewentualne zapoznanie się z przedmiotowymi dokumentami, daje możliwość prześledzenia aktywności gospodarczej w danym profilu jego działalności w określonym ujęciu czasowym. Z wykazu wynika, jak w określonym okresie czasu przed terminem składania ofert przedstawia się doświadczenie Wykonawcy. Wykaz i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie, zawierają informacje na temat jakiego rodzaju jednostki są odbiorcami dostaw i usług (publiczne czy prywatne, administracja rządowa czy samorządowa i jaki jej szczebel). Wykaz pokazuje wielkość przychodu osiągniętego w wyniku realizacji określonych usług. Informacje te stanowią źródło wiedzy o danym przedsiębiorcy i dla innych podmiotów, działających na tym samym rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji

konkurencji. Określony podmiot konkurencyjny może ustalić na tej podstawie z jakiego rodzaju konkurencją spotka się na danym obszarze swojej działalności, jak kształtuje się aktywność konkurencji z punktu widzenia czasu, odbiorcy i przedmiotu usług i co istotne, jaki jest poziom cen oferowanych przez konkurencję. Przytoczył na potwierdzenie stanowiska wyrok KIO z dnia 13.05.2010 r., sygn. akt: KIO 667/10: Zasadne było i jest zastrzeżenie całego wykazu wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług. Te dokumenty brane pod uwagę jako całość mają wartość gospodarczą i jako całość nie są publicznie dostępne. Są one jako całość chronione. Nawet jeśli wycinkowe dane są publicznie dostępne to nie posiadają wartości gospodarczej, a na ich podstawie nikt nie jest w stanie odtworzyć wykazu. Ponadto należy wskazać, iż część z zastrzeżonych informacji w ogóle nie podlega udostępnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Względem drugich ze wskazanych dokumentów podniósł, że chodzi o informacje handlowe tj. mające istotną wartość gospodarczą. Zauważył, że Odwołujący nie kwestionuje zastrzeżenia tajemnicą wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Tymczasem przedłożone w ofercie zobowiązania oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów dotyczą właśnie konkretnych zasobów ludzkich. Odnośnie informacji dotyczących wykazu osób wraz z zobowiązaniami do udostępnienia zasobów ludzkich. Informacje na temat osób, które będą wykonywać zamówienie, w tym na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku o sygn. akt: V Ca 421/07 stwierdził, że wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności oraz dokumenty merytoryczne mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykaz osób stanowi informacje o niewątpliwej wartości dla firmy informatycznej, biorąc zwłaszcza pod uwagę sytuację na rynku pracy w branży informatycznej i związane z tym ryzyko „podbierania” personelu. Informacje te należy brać pod uwagę jako całość, co oznacza, że przykładowo jawność dokumentów potwierdzających wymagane uprawnienia niweczyłoby zastrzeżenie poufności wykazu osób. Na potwierdzenie przytoczył również wyroku KIO z dnia 13.05.2010 r., sygn. akt: KIO 667/10. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów ludzkich musiało zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ w innym przypadku niweczyłoby to zastrzeżenie tajemnicą wykazu osób.

Odnośnie zasad ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Comarch S.A. Stwierdził, że obowiązują następujące zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;

1. System zarządzania jakością ISO 9001:2000,
2. certyfikowane Wymagania polityki bezpieczeństwa zgodne z norma ISO 17799,
3. klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi,

4. klauzule poufności we wszystkich umowach handlowych - obejmujące zarówno kontrahenta, jak i pracowników oraz osoby współpracujące z kontrahentem.

Zgodnie z Polityką Bezpieczeństwa Comarch S.A. - dokumentem opracowanym na podstawie normy ISO/IEC 17799 z uwzględnieniem wymagań prawa polskiego, ustalono reguły klasyfikacji wartościowych danych na kilka poziomów. Informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty należą do danych poufnych/do użytku wewnętrznego, co oznacza, że są to informacje, które wolno udostępnić każdej osobie będącej tylko i wyłącznie pracownikiem firmy. Informacje zaklasyfikowane jako dane poufne/do użytku wewnętrznego to wszystko to, co używane jest w bieżącej działalności firmy a nie powinno być udostępniane na zewnątrz np. informacje takie jak ww. zastrzeżone w ofercie. Udostępnianie powyższych informacji osobie nieupoważnionej może wyrządzić szkodę firmie Comarch SA, kontrahentom, kooperantom, klientom lub pracownikom. Zgodnie z polityką bezpieczeństwa opracowaną w Comarch SA, przed udostępnianiem takich informacji osobom trzecim, takim jak przedstawiciele dostawców, wynajęci pracownicy, firmy partnerskie i inni przedsiębiorcy należy podpisać z nimi stosowną umowę o poufności tych danych. Dane zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w przedmiotowej ofercie stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość firmy Comarch S.A. jak i kontrahentów. Bez zachowania poufności nie można skutecznie konkurować na wolnym rynku. Wymagania bezpieczeństwa i środki zabezpieczeń odpowiadają wartości biznesowej oraz potencjałowi szkody dla działalności biznesowej, które mogłyby być wynikiem braku zabezpieczeń. W związku z tym podejmowane są odpowiednie kroki w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony systemów informatycznych i samej informacji przed różnego rodzaju zagrożeniami.

Przywołał po raz trzeci orzeczenie wskazane powyżej, jako potwierdzające zasadność zastrzeżenia tajemnicy w ofercie złożonej przez określone konsorcjum, którego liderem był Comarch SA w jednym z postępowań o zamówienie publiczne. W tym postępowaniu odwoławczym to określone konsorcjum, którego liderem było Comarch S.A. było „Przystępującym” i jako takie występuje w uzasadnieniu wyroku.

W dniu 19.07.2011 r. (faxem) przed otwarciem posiedzenia, Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosilo o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu.

Zamawiający wskazał, że prawidłowo dokonuje weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podniósł, iż jedną z zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności (art. 8 ust. 1 Pzp). Jednakże, wolą ustawodawcy, zasada ta doznaje pewnych ograniczeń. Oferenci mają prawo wykazywać, że zamieszczone w ich ofertach informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwana dalej: „uznk”. Natomiast Zamawiający, mimo, że obowiązany jest udostępniać wszystkie informacje związane z prowadzonym postępowaniem, to jednocześnie nie przysługuje mu uprawnienie do ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Na Zamawiającym spoczywa obowiązek oceny czy informacja zastrzeżona stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym, Zamawiający jest obowiązany badać skuteczność dokonanych przez oferenta na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp zastrzeżeń dotyczących zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kwestie poufności informacji mogą więc być przez Zamawiającego badane w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. początkowo w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy wreszcie w ramach oceny ofert wykonawców. We wstępnej fazie postępowania Zamawiający, jak stwierdził, może skorzystać z instytucji wyjaśnień (art. 24 ust. 4 Pzp), tj. może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane usługi, dostawy czy roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, a tym samym dokonać weryfikacji utajnionych przez danego oferenta dokumentów. Niezależnie od powyższego, zaznaczył, że art. 24 ust. 4 Pzp nie przewiduje obowiązku zamawiającego żądania od wykonawców wyjaśnień -dotyczących zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa - przed okazaniem/zaniechaniem okazania ich oferty innym podmiotom .

Zamawiający, jak stwierdził, działa zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) oraz w poszanowaniu prawa wykonawców do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp). Zamawiający respektując - z jednej strony - obowiązek badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz - z drugiej strony - aby nie narazić się na odpowiedzialność z art. 23 uznk za bezprawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, odmówił Odwołującemu dostępu do zastrzeżonych przez ComArch SA informacji oraz 06.07. 2011 r., zwrócił się o wyjaśnienia, jakie niezbędne działania zostały podjęte w celu zachowania poufności przedstawionych informacji i złożonych dokumentów zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk. Takie żądanie wyjaśnień przez Zamawiającego (skierowane nie tylko do ComArch SA, ale także do innych oferentów) wskazuje jednoznacznie, że - na tym etapie postępowania - Zamawiający podjął konkretne działania z dochowaniem należytej staranności w wyjaśnieniu czy faktycznie spełnione zostały przesłanki skutkujące zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji, Zamawiający, stwierdził, że Odwołujący składając odwołanie przedwcześnie zarzucił Zamawiającemu, że ten naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie zweryfikowania podstaw zastrzeżenia przez wykonawcę ComArch SA części dokumentów. Ponadto, Zamawiający zauważył, że jawność protokołu zgodnie z art. 96

ust. 3 Pzp, wraz z wymogiem, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, nie ma charakteru absolutnego. Oznacza to, że jawność ofert ponownie wiąże się nierozdzielnie z obowiązkiem respektowania przez Zamawiającego zastrzeżeń wykonawców co do tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec powyższego zarzuty postawione Zamawiającemu przez Odwołującego należy uznać za bezpodstawne i niezaskądzone na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał, że w piśmie z 12.07.2011 r. ComArch SA przedstawił szczegółowe wyjaśnienia dotyczące charakteru informacji zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyczerpująco wyjaśnił, dlaczego zakwalifikował: „Wykaz osób”, „Wykaz usług” wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz zobowiązania innych podmiotów do oddania zasobów - jako informację spełniającą przesłanki art. 11 ust. 4 uznk. Co do wszystkich informacji wykonawca podjął organizacyjne, niezbędne działania w celu zachowania ich poufności tj. przedstawił cały szereg zasad ochrony informacji obowiązujących w ComArch SA, tzw. „Politykę bezpieczeństwa” (w szczególności: systemy zarządzania, certyfikowania, klauzule poufności).

W zakresie utajnienia „Wykazu usług” i tzw. referencji potwierdzających należyte wykonanie, Zamawiający uznał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Comarch SA. Podkreślił, że zawarte są w nim szczegółowe dane dotyczące m.in. kontrahentów, wartości kontraktów, charakteru wykonywanych usług. Dają one możliwość zapoznania się z wieloma aspektami działalności ComArch SA, prześledzenia jego aktywności gospodarczej (w ciągu ostatnich 3 lat), profilu działalności, profilu odbiorców, wielkości przychodu. Są to informacje handlowe i organizacyjne, nie ujawnione do publicznej wiadomości, co do których ComArch SA podjął wspomniane powyżej działania w celu zachowania ich poufności. Należy przyjąć, że informacje takie posiadają wartość gospodarczą, a ich rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji (co do wiedzy o czasie, odbiorcy, przedmiocie usług oraz oferowanych cenach) przedsiębiorstwa w sektorze informatycznym.

Nie podzielił argumentu Odwołującego, że z informacji zawartych w ofertach innych wykonawców wynika, że powołane usługi, zostały wykonane na rzecz podmiotów publicznych, a informacje dotyczące takich usług nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (s. 9-10 odwołania). Samo przypuszczenie, że wszystkie usługi ujęte w „Wykazie usług” miały być wykonane na rzecz Zamawiających publicznych, nie przesądza, że „Wykaz usług” nie zawiera także informacji o usługach dla odbiorców prywatnych i jako całość nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Zainteresowany podmiot rzeczywiście może zdobyć informacje co do części „publicznych” usług, choć nie ma pewności, że uda mu się dotrzeć do wszystkich danych i na tej podstawie odtworzyć „Wykaz usług”. Nie zmienia to faktu, że „Wykaz usług” jako całość, na która mogą składać się informacje zarówno o usługach na rzecz podmiotów prywatnych, jak i publicznych, posiada wartość gospodarczą chronioną przez zastrzegającego.

W zakresie utajnienia „*pisemnych zobowiązań podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów*”, Zamawiający uznaje, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa ComArch SA. Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp celem tzw. pisemnych zobowiązań innych podmiotów jest udowodnienie oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Niemniej jednak nie wynika z tego - jak twierdzi Odwołujący - że takie dokumenty nie zawierają żadnych informacji, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa. Na ich podstawie można bowiem ustalić, czy dany wykonawca korzysta z własnych zasobów np. kadrowych, czy też z obcych. Dokumenty takie można ujmować jako swoistą całość z wykazami usług czy osób, co oznacza, że jawność zobowiązań do oddania do dyspozycji zasobów, w tym doświadczenia czy osób zdolnych do wykonywania zamówienia, niweczyłaby zastrzeżenie poufności wykazów. Trzeba wskazać, że tego typu zobowiązania powinny być rozpatrywane w kategorii umów handlowych, co do pewnego, przyszłego przedsięwzięcia, a w konsekwencji ich strony mogą objąć ich postanowienie klauzulami poufności (co zostało potwierdzone przez ComArch SA w wyjaśnieniach). Należy także zwrócić uwagę na to, że informacje o podmiotach współpracujących i udostępniających zasoby danemu wykonawcy - z uwagi na wysoko wyspecjalizowany rynek informatyczny, w tym też na wąskie grono takich podmiotów - wskazują, że zastrzeżone dokumenty stanowią informację posiadającą wartość gospodarczą i mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Mając na uwadze treść wyjaśnień złożonych przez ComArch SA, Zamawiający uznaje, że brak jest podstaw do odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ofertą Przystępującego (w szczególności częścią zastrzeżoną przez Przystępującego jako „*tajemnica przedsiębiorstwa*”), z wnioskiem Odwołującego z dnia 13.06.2011 r. o udostępnienie do wglądu i wykonanie kopii złożonych ofert oraz protokołu z postępowania, informacją Zamawiającego z dnia 21.06.2011 r. o terminie wnioskowanego wglądu, potwierdzeniem Odwołującego udostępnienia w dniu 27.06.2011 r. do wglądu i wykonanie kopii złożonych ofert, wezwaniem z dnia 06.07.2011 r. wystosowanym przez Zamawiającego odnośnie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, wyjaśnieniami udzielonym przez Przystępującego na przedmiotowe wezwanie Zamawiającego, odwołaniem, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie, pismem procesowym Przystępującego z dnia 15.07.2011 r., po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz

Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem Izby, oferta Odwołującego, biorąc pod uwagę obowiązujące w postępowaniu kryteria oceny ofert, tj. cenę oraz okres gwarancji, znajduje się bezpośrednio za kwestionowaną ofertą Przystępującego, w konsekwencji, w przypadku potwierdzenia się zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Ponadto, należy wskazać, za wyrokiem z dnia 01.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 6/10, że: *„naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem”*.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1438/11, postanowień SIWZ, oferty Przystępującego (w szczególności części zastrzeżonej przez Przystępującego jako *„tajemnicy przedsiębiorstwa”*), z wniosku Odwołującego z dnia 13.06.2011 r. o udostępnienie do wglądu i wykonanie kopii złożonych ofert oraz protokołu z postępowania, informacji Zamawiającego z dnia 21.06.2011 r. o terminie wnioskowanego wglądu, potwierdzenia Odwołującego udostępnienia w dniu 27.06.2011 r. do wglądu i wykonanie kopii złożonych ofert, wezwania z dnia 06.07.2011 r. wystosowanego przez Zamawiającego odnośnie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego na przedmiotowe wezwanie Zamawiającego, odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego z dnia 15.07.2011 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia (odtajnienia) i udostępnienia Odwołującemu, Izba uznała niniejszy zarzut za częściowo zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Przystępujący złożył ofertę zastrzegając jako „tajemnicę przedsiębiorstwa” w oddzielnej kopercie jej część od str. 46 do 57 (wykaz osób wykonujących zamówienie wraz ze pisemnym zobowiązaniem podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów oraz wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającym należyte wykonanie wykazanych usług), w dniu 13.06.2011 r. Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie do wglądu i wykonanie kopii złożonych ofert oraz protokołu z postępowania, w dniu 21.06.2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o terminie wnioskowanego wglądu, w dniu 27.06.2011 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu wgląd i wykonanie kopii złożonych ofert, w odniesieniu do oferty Przystępującego nastąpiło niniejsze z wyłączeniem części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, w dniu 06.07.2011 r. Zamawiający wystosował wezwanie do wyjaśnień odnośnie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, w dniu 06.07.2011 r. wniesiono odwołanie, wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego na przedmiotowe wezwanie Zamawiający otrzymał przed udzieleniem odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsza, Izba wskazuje, że Odwołujący jednoznacznie określił na rozprawie, że zarzuty odwołania nie dotyczą ani wykazu osób wykonujących zamówienie, ani pisemnego zobowiązania podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów dotyczących wykazu osób. W konsekwencji Izba uznaje, że przedmiot sporu dotyczy tylko i wyłącznie wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającym należyte wykonanie wykazanych usług, tym bardziej, że pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów nie jest elementem załączonego wykazu wykonanych usług.

Po drugie, Izba potwierdza, że stosownie do treści art. 11 ust 4 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nie ujawnione 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. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 03.10.2000 r. (sygn. akt: I CKN 304/00), wydanym na podstawie przywołanego przepisu, za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Na powyższe wskazywały obie strony postępowania, jak i Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 15.07.2011 r., jednakże Izba uznała, że w wypadku poz. 1 i 3 wykazu wykonanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazanych

usług zasadne jest odtajnienie wykazu. W tym zakresie Izba wzięła pod uwagę, nie tyle kwestie charakteru podmiotu na rzecz, którego zrealizowano zamówienie, ale fakt że wbrew stanowisku Zamawiającego, a głównie Przystępującego, w zakresie informacji dotyczących tych zamówień nie zachowano wszystkich trzech przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 uznk. Należy bowiem wskazać, że zostały ujawnione do wiadomości publicznej dane dotyczące niniejszych zamówień, tzn. tak stron, wartości zamówienia, terminu wykonania, jak i szczegółowego przedmiotu zamówienia, czy też wzoru umowy. Niniejsze dane są powszechnie dostępne i każdy zainteresowany może je uzyskać na stronach internetowych podmiotu zamawiającego, jak i w publikatorze ogłoszeń o udzieleniu zamówienia. Tym samym informacje objęte wykazem wykonanych usług (strony, przedmiot, przyporządkowanie dokonane przez Przystępującego względem warunków wymaganej wiedzy i doświadczenia, data wykonania oraz wartość zamówienia), jak i informacje objęte dokumentami potwierdzającym należyte wykonanie wykazanych usług nie spełniają, jednej z przesłanek o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk, tj. nie ujawnienia do wiadomości publicznej. W konsekwencji Izba uznała, iż poz. 1 i 3 wykazu wykonanych usług nie może korzystać z ochrony wprowadzonej art. 8 ust. 3 Pzp. Orzecznictwo Sądu Najwyższego jednoznacznie wyklucza objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (wyrok SN z dnia 03.10.2000 r. sygn. akt: I CKN 304/2000, wyrok SN z dnia 05.09.2001r. sygn. akt: I CKN 1159/2000). Podobnie orzeczenie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu w postaci wyroku z dnia 25.10.2006 r. o sygn. akt: I ACa 947/06, które w uzasadnieniu powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.09.2001 r. o sygn. akt: I CKN 1159/00 wskazał, że: *„Zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”*. Analogicznie zostało wskazane w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 07.03.2003 r. o sygn. akt: I CKN 89/01, że: *„Za takie informacje nie może być uznana wiedza, którą osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze”*.

Po trzecie, Izba uznała, że nie stanowi orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, odniesienie się do zamówienia wykazanego pomiędzy poz. 1 i 3 wykazu wykonanych usług i stosownego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wykazanej usługi.

Względem poz. 2 wykazu wykonanych usług oraz stosownego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wykazanej usługi, Izba uznała, że mimo dostępności pewnych informacji dotyczących wykazywanego zamówienia, okoliczność ta nie decyduje, jak w przypadku powyżej, o odebraniu informacji tam zawartej przymiotu poufności. Należy zauważyć, że dopiero uzyskanie pełnej informacji, która nie jest powszechnie dostępna pozwoliłoby w tym przypadku, po szczegółowej analizie treści informacji w poz. 2 wykazu,

uznanie konieczności odtajnienia tej informacji. W ocenie Izby, w tym wypadku, spełnione zostały wszystkie trzy przesłanki łącznie z art. 11 ust. 4 uznk. Kwestia charakteru podmiotu zlecającego dane zamówienie, ma znaczenie dla rozstrzygnięcia zagadnienia „tajemnicy przedsiębiorstwa” określonych informacji (np.: wyrok KIO z dnia 20.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1427/10, sygn. akt: 1430/11, wyrok KIO z dnia 02.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2257/10, sygn. akt: KIO 2271/10, czy też wyrok KIO z dnia 21.06.2011 r., sygn. akt: KIO1195/11), ale nie jest okolicznością, która w sposób automatyczny stanowi o jej ochronie (np. wyrok KIO z dnia 13.04.2010 r., sygn. akt: KIO 371/10, wyrok KIO z dnia 04.03.2011 r., sygn. akt: 322/11). Zasadne jest przywołanie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.06.2006 r., sygn. akt: V Ca 440/06, iż dane dotyczące prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności handlowej, w tym zawarte z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy (stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu) mogą przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jednakże, fakt, że nie upubliczniono danych dotyczących wartości zamówienia (kontraktu), szczegółowego przedmiotu, jak i ostatecznego terminu wykonania usługi z poz. 2 wykazu wykonanych usług oraz danych dotyczących wartości kontraktu ze stosownego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wykazanej usługi, potwierdza stanowisko Przystępującego odnośnie stosownych klauzul umownych zastrzegających poufność, co najmniej kluczowych, w ocenie Izby informacji. Ewentualne odtajnienie fragmentaryczne wykazu, czy też dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wykazanej usługi (wskazywane w orzecznictwie – wyrok KIO z dnia 06.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2493/10, sygn. akt: KIO 2494/10, sygn. akt: KIO 2496/10) z uwagi na przyporządkowanie dokonane przez Przystępującego względem warunków wymaganej wiedzy i doświadczenia *de facto* doprowadziłoby do ujawnienia informacji poufnych Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie, z uwagi na częściowe uznanie zarzutu względem poz. 1 i 3 wykazu wykonanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazanych usług, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołujący o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....