

Sygn. akt: KIO 776/12

## WYROK

z dnia 26 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwiłk**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2012 r. przez **Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa**

przy udziale **Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie unieważnienie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz nakazuje mu powtórzenie czynności badania ofert złożonych w postępowaniu w zakresie dokonania odtajnienia ofert złożonych przez:
  - 1) Unizeto Technologies S.A. co do pkt 2 litery b) i pkt 1 litery c wykazu usług oraz referencji potwierdzających wykonanie usług wskazanych w tych punktach wykazu
  - 2) Infovide-Matrix S.A. co do referencji potwierdzających wykonanie usług wskazanych w pkt 2 i 3 litery b wykazu usług oraz w pkt 1 litery c wykazu usług oraz zobowiązania podmiotu trzeciego dotyczącego wykazanych w tych punktach usług wykazu
  - 3) ATOS IT Services Sp. z o. o. co do referencji potwierdzających wykonanie przez tego wykonawcę usług wskazanych w wykazie usług tego wykonawcy;

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa** na rzecz **Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** kwotę: **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu od odwołania zaliczonego w poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie projektu implementacji oraz przeprowadzenie migracji Centrum Certyfikacji Zakładu wydającego certyfikaty klucza publicznego na potrzeby wewnętrzne Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz Kompleksowego Rozproszonego Systemu Bezpieczeństwa do systemu zarządzania tożsamością”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 2 listopada 2011 r. pod nr 2011/S 210-342673.

W postępowaniu tym wykonawca Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie w dniu 16 kwietnia 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy zaniechania odtajnienia trzech ofert złożonych w postępowaniu.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2012 r. wykonawca Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie, (dalej: „Przystępujący”) w dniu 19 kwietnia 2012 r. zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Postanowieniem Izby sprawa odwołania została skierowana do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron. Izba rozpoznała wniesione odwołanie na posiedzeniu z udziałem stron oraz na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2012 r.

Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania w przedmiotowej sprawie:

### I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie od:

1) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez:

- a) Unizeto Technologies SA,
- b) Infovide-MatrixSA,
- c) ATOS IT Services Sp. z o.o.,

jako niejawnych części ofert (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), tj.: wykazu wykonanych/wykonywanych dostaw/usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie/wykonywanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (względnie innych dokumentów, przy pomocy których w/w wykonawcy udowodnili dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia) oraz wykazu osób, pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania przez Zamawiającego wystąpienia do wykonawców:

- a) Unizeto Technologies SA,
- b) Infovide - Matrix SA,
- c) ATOS IT Services Sp. z o.o.,

o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa części ofert.

W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez

- a) Unizeto Technologies SA,
- b) Infovide - Matrix SA,
- c) ATOS IT Services Sp. z o.o.,

jako niejawnych części ofert (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), tj. wykazu wykonanych/wykonywanych dostaw/usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie/wykonywanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (względnie innych dokumentów, przy pomocy których w/w wykonawcy udowodnili dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia) oraz wykazu osób, pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 Ustawy w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wystąpienia do wykonawców:

- a) Unizeto Technologies SA,
- b) Infovide - Matrix SA,

c) ATOS IT Sen/ices Sp. z o.o.,

o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa części ofert.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odtajnienie (ujawnienie) zastrzeżonych przez wykonawców:

a) Unizeto Technologies SA,

b) Infovide - Matrix SA,

c) ATOS IT Sen/ices Sp. z o.o.,

jako niejawnych części ofert (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa).

2. zawiadomienie Odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) ww. dokumentów/oświadczeń;

3. udostępnienie Odwołującemu ww. dokumenty/oświadczenia,

4. wystąpienie do w/w wykonawców o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa części ofert.

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący wskazał, że przed wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu Zamawiający udostępnił mu do wglądu oferty wykonawców Infovide-Matrix, Atos, Unizeto, Novell, Enigma Systems, Sygnity, Betacom, Qumak-Sekom, przy czym w stosunku do ofert: Unizeto Technologies SA, Infovide - Matrix SA oraz ATOS IT Services Sp. z o.o. Zamawiający odmówił Odwołującemu udostępnienia wykazu wykonanych/wykonywanych dostaw/usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie/wykonywanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (względnie innych dokumentów, przy pomocy których wykonawcy ci udowodnili dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia) oraz wykazu osób, powołując się na zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący, analizując dokumentację postępowania stwierdził, iż Zamawiający nie wystąpił do w/w wykonawców z żądaniem złożenia wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przyjmując bez żadnych podstaw i argumentów, iż zastrzeżenie jest prawidłowe. Według niego Zamawiającemu z urzędu nie może być wiadome, czy w odniesieniu do części ofert objętych zastrzeżeniem spełnione są ustawowe przesłanki uzasadniające uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył w/w przepisy ustawy Pzp, ponieważ informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powołał się na ustanowioną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadę, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a związku z powyższym Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Powołał się także na art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, 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 lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Odwołujący odniósł się także do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczonej 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). Legalna definicja pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” według niego pozwala na uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie informacji (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

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

Onosząc się do poszczególnych elementów wskazujących na tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, że powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa oraz że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem, tym samym informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Podkreślił też, że 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.

W ocenie Odwołującego dokonane przez Unizeto Technologies SA, Infovide - Matrix SA, ATOS IT Services Sp. z o.o. zastrzeżenie ww. oświadczeń/dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w nich informacje według niego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przywołał uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn.

akt: III CZP 74/05), zgodnie z którą Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający tym samym zdaniem Odwołującego naruszył przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Co do zastrzeżenia tajemnicą informacji zawartych w wykazach zamówień zrealizowanych przez ww. wykonawców lub zrealizowanych przez podmioty trzecie udostępniające wiedzę i doświadczenie wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, Odwołujący podniósł, że zawarte w nich informacje nie mają wartości uzasadniającej utajnienie - nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, czy inne posiadające wartość gospodarczą, a ponadto można je uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Co do charakteru informacji składających się na wykaz wykonanych zamówień Odwołujący przywołał orzeczenie KIO o sygn. akt: KIO 322/11. Odwołujący powołał się także na stanoiwsko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 listopada 2008 r., sygn. akt: V Ca 2037/08, w którym stwierdzono, iż informacje dotyczące wartości zamówienia, jak i daty realizacji wynikają pośrednio z warunku określonego przez zamawiającego, stąd też wykonawca nie mógł skutecznie zastrzec ich poufności.

Odwołujący wskazał też na jawność informacji dotyczących usług/dostaw zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych, które to informacje są jawne zarówno w Polsce jak i w Unii Europejskiej, jak i większości państw na świecie. Przywołał w tym zakresie art. 139 ust. 3 ustawy Pzp dotyczący jawności umów o zamówienia publiczne. Według niego nie sposób uznać, aby informacje w zakresie wykazywanych dostaw i usług na rzecz podmiotów publicznych, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż informacje takie obejmujące nazwę zamawiającego, na rzecz którego wykonawca świadczył dostawy lub wykonywał usługi, zakres zamówienia, termin realizacji oraz cenę brutto - nie mają charakteru informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa i są dostępne publicznie.

Według Odwołującego informacje zawarte w dokumentach/oświadczeniach potwierdzających udostępnienie wiedzy i doświadczenia nie zawierają żadnych informacji, które można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Według niego nie można obejmować tajemnicą przedsiębiorstwa oświadczenia podmiotów trzecich o użyczeniu zasobów oraz dokumentów formalnych tych podmiotów. Objęcie tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa jest według Odwołującego nadużyciem przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - gdyż takie informacje w ogóle nie mogą ze swej istoty spełniać przesłanek uznania ich za tajemnicę. Tym samym odmowa przez Zamawiającego udostępnienia tych dokumentów zdaniem Odwołującego była sprzeczna z ustawą Pzp.

W ocenie Odwołującego powyższe wskazuje, iż faktycznym powodem zastrzeżenia przez wskazanych wykonawców ww. oświadczeń/dokumentów jako tajemnicy

przedsiębiorstwa nie była konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę, lecz chęć utrudnienia konkurencji, poprzez uniemożliwienie konkurentom (w tym Odwołującemu) weryfikacji ich ofert pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska powołał się także na inne orzeczenia KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 322/11, czy o sygn. akt KIO/UZP 371/10 oraz o sygn. akt: KIO/657/11 i sygn. akt KIO 1730/11, o sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11, o sygn. akt: KIO 1072/11, o sygn. akt: KIO 322/11, o sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11.

Odwołujący podniósł także, iż Zamawiający naruszył w/w przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie wystąpienia do wskazanych wykonawców z żądaniem złożenia wyjaśnień objęcia części ofert tajemnicą przedsiębiorstwa. Podkreślił, że Zamawiający, nie występując o takie wyjaśnienia, bezkrytycznie przyjął, iż zastrzeżenie jest prawidłowe, tymczasem podkreślić należy, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś instytucja przewidziana w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jest wyjątkiem od zasady. Tym samym jako wyjątek jej dopuszczalność powinna być interpretowana zawężająco, czyli Zamawiający powinien wystąpić do wykonawców o wyjaśnienie podstaw zastrzeżenia części ofert. Podkreślił, że na tych wykonawcach, którzy zastrzegli określone informacje w swoich ofertach ciąży ciężar dowodu, że dana informacja może zostać zakwalifikowana jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powołał się na orzecznictwo KIO (KIO/UZP 371/10, KIO 2079/10, KIO 2040/10).

Odwołujący podkreślił także, że wskazane w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Efektem zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wskazanych wykonawców jako niejawnych części ofert, może być uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał co do zasady zarzuty, żądania i argumentację zawarte w odwołaniu. W toku rozprawy, wobec wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego Odwołujący złożył oświadczenie o niepodtrzymywaniu zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania wystąpienia przez Zamawiającego do trzech wykonawców z wnioskiem o wyjaśnienia treści zastrzeżonych informacji w ich ofertach.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający pismem z dnia 23 kwietnia 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której w pierwszej kolejności wniósł o odrzucenie odwołania w całości, wskazując że Odwołujący wiadomość o utajnieniu części ofert przez trzech wykonawców mógł powziąć już w momencie otwarcia ofert (14 lutego 2012 r.). Podkreślił także, że Odwołujący zapoznał się



z tym faktem podczas wglądu do ofert, który miał miejsce 21 lutego 2012 r. i nie podjął żadnych czynności w tym zakresie. W związku z powyższym złożone odwołanie jest zdaniem Zamawiającego spóźnione (zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności wnosi się nie później niż w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.). Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO m.in. w sprawach o sygn. akt: 791/11, 58/12, 2462/11. Tym samym Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp ponieważ zostało wniesione po ustawowo określonym terminie.

W drugiej kolejności Zamawiający z ostrożności procesowej odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu potwierdza, że w ofertach wymienionych w odwołaniu: tj. ofertach Wykonawców Unizeto - Technologies S.A., Infovide- Matrix S.A., Atos IT Services Sp. z o.o., złożonych w przedmiotowym postępowaniu zostały zastrzeżone części ofert, w szczególności wykazy usług wymagane na spełnienie warunków postawionych przez Zamawiającego. Podkreślił, że dwukrotnie, także uwzględniając prośbę innych wykonawców (Infovide-Matrix S.A. - pismo z dnia 23.02.2012r, Atos IT Services Sp. z o.o. - pismo z dnia 24.02.2012r.) zwrócił się do tych wykonawców z prośbą o wyjaśnienia na jakiej podstawie utajnili oni część ofert. Zamawiający zwracał uwagę na pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.).

Zamawiający podkreślił także, że w dniu 1 marca 2012 r. wystąpił m.in. także do wykonawców Unizeto- Technologies S.A. i Infovide- Matrix S.A. z prośbą o odtajnienie tej części ofert, w których wykonawcy ci wskazali na potwierdzenie spełnienia warunków usługi wykonane na rzecz podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp. Wykonawcy w odpowiedzi podtrzymali swoje stanowisko odnośnie utajnienia części ofert, jedynie Wykonawca Infovide- Matrix S.A. (pismo z dnia 5 marca 2012 r.) oświadczył, że w związku z powyższym odtajnia wykazane w ofercie usługi, których odbiorcami były podmioty z mocy prawa stosujące ustawę Pzp. Zamawiający ponownie w dniu 15 marca 2012 r. wystąpił do wszystkich wykonawców, których oferty zostały w części utajnione (w tym do Unizeto- Technologies S.A., Infovide- Matrix S.A., Atos IT Services Sp. z o.o.) z prośbą o ponowne zajęcie przez nich stanowiska odnośnie utajnienia, w szczególności wykazów usług. Wykonawcy, za wyjątkiem Atos IT Services Sp. z o.o. (pismo z dnia 15 marca 2012 r. zawierające decyzję o odtajnieniu wykazu usług w ofercie) oświadczyli w odpowiedzi, że podtrzymują swoje poprzednie decyzje o utajnieniu. Podkreślił, że we wszystkich przypadkach wykonawcy na poparcie swojej decyzji składali obszernie wyjaśnienia i oświadczenia, które Zamawiający uznał za wystarczające. Jego zdaniem dołożył on wszelkiej staranności w trakcie badania i oceny ofert, w wyjaśnianiu zasadności zastrzeżenia

jako tajemnicy przedsiębiorstwa części ofert i tym samym nie naruszył wymienionych w odwołaniu przepisów ustawy.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

### III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący z swoim zgłoszeniu przystąpienia wniósł przede wszystkim o odrzucenie odwołania z uwagi na złożenie go po upływie ustawowego terminu. Powołując się na orzeczenia KIO wskazał, że termin na złożenie odwołania na zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w ofertach wykonawców informacji rozpoczyna swój bieg od momentu otwarcia ofert

Podkreślił też, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie jako niezasadne.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w zgłoszeniu przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie łącznie z odwołaniem o sygn. akt: KIO 724/12 i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Izba rozpoznawała wniesione odwołanie w ograniczeniu do jednego zarzutu odwołania (zaniechanie odtajnienia informacji w ofertach trzech wykonawców) i nie rozpoznawała zarzutu zaniechania żądania wyjaśnień wobec trzech wykonawców co do zastrzeżonych w ich ofertach informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zarzut ten nie został formalnie w toku rozprawy przez Odwołującego podtrzymany.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ w rozdziale IV wprowadził opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym opis dotyczący warunku wiedzy i doświadczenia, a także zasobów kadrowych. W oparciu o postanowienia SIWZ na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu należało przedstawić wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie oraz wykaz osób.

Wskazane dokumenty, tj. zarówno wykaz wykonanych usług, jak i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień oraz wykaz osób w trzech ofertach wykonawców (Przystępującego, Infovide-Matrix oraz Atos IT Services) zostały objęte przez tych wykonawców zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 14 lutego 2012 r. W tym terminie do Zamawiającego zostały złożone oferty przez Odwołującego, Przystępującego oraz wykonawców: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A. Atos IT Services Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Consortia Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Novell Sp. z o.o. Pismem dnia 15 lutego 2012 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie mu do wglądu ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. W dniu 21 lutego 2012 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu oferty wykonawców bez ich zastrzeżonych elementów. Zamawiający pismem z dnia 1 marca 2012 r. zwrócił się do Przystępującego oraz Infovide-Matrix z prośbą o odtajnienie części oferty, w której wykonawcy ci wskazali na potwierdzenie spełniania warunków usługi realizowanej na rzecz podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp. W odpowiedzi na wskazane wezwanie Zamawiającego wykonawcy, za wyjątkiem Infovide-Matrix podtrzymali swoje decyzje o utajnieniu tych części ofert. Infovide-Matrix w piśmie z dnia 5 marca 2012 r. oświadczył, że odtajnia wykazane w ofercie usługi, których odbiorcami były podmioty z mocy prawa stosujące ustawę Pzp. Pismem z dnia 15 marca 2012 r. Zamawiający ponownie wystąpił do wszystkich wykonawców, których oferty zostały w części utajnione (tj. Przystępującego, Infovide-Matrix i Atos IT Services) z prośbą o ponowne zajęcie stanowiska odnośnie utajnienia w części ofert, w szczególności wykazów usług. Wykonawca Atos IT Service w piśmie z dnia 15 marca 2012 r. podjął decyzję o odtajnieniu wykazu usług w swojej ofercie, zaś pozostali wykonawcy podtrzymali swoje decyzje o utajnieniu swoich ofert we wskazanych częściach.

Zamawiający w dniu 6 kwietnia 2012 r. poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła też, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba oddaliła w tym zakresie wnioski Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako złożonego po terminie. Izba uznała, że termin na podniesienie zarzutów wobec zaniechania odtajnienia trzech ofert złożonych przez Przystępującego Infovide-Matrix oraz Atos IT Services rozpoczął swój bieg od poinformowania przez Zamawiającego wykonawców o czynności oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Dopiero od tego momentu Odwołujący mógł powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesionego odwołania.

Dopiero bowiem od dokonania i poinformowania wykonawców o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu można mieć pewność, że Zamawiający zakończył procedurę związaną z weryfikacją zastrzeżonej we wskazanych ofertach tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby termin na zaskarżenie w tym zakresie nie może rozpocząć swojego biegu od momentu otwarcia ofert z uwagi na to, że od tego momentu Zamawiający dopiero rozpoczyna czynności badania i oceny ofert, a więc również czynność weryfikacji ofert pod kątem zastrzeżonych w nich informacji. Zamawiający w niniejszym postępowaniu przed wyborem oferty najkorzystniejszej w sposób jednoznaczny i pewny dla wszystkich wykonawców, w tym w szczególności dla Odwołującego, nie wyraził swojego oświadczenia o zakończeniu procedury weryfikacji zastrzeżonych w ofertach informacji.

Co do udostępnienia w dniu 21 lutego 2012 r. Odwołującemu ofert pozostałych wykonawców bez zastrzeżonych części tych ofert Izba stwierdziła, że ten moment nie może stanowić podstawy do rozpoczęcia biegu terminu na złożenie odwołania, ponieważ Zamawiający w sposób wyraźny nie potwierdził Odwołującemu, że procedura weryfikacji zastrzeżonej części ofert została zakończona. Potwierdzeniem tego jest okoliczność, iż po udostępnieniu Odwołującemu w dniu 21 lutego 2012 r. ofert wskazanych wykonawców Zamawiający jeszcze w dniu 1 i 15 marca 2012 r. prowadził procedurę wyjaśniania prawidłowości zastrzeżenia informacji we wskazanych ofertach.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące zaniechania Zamawiającego polegające na nieodtajnieniu zastrzeżonych w ofertach trzech wykonawców informacji. W ocenie Izby powyższe w sposób pośredni pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz naraziło go na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Nieudostępnienie części ofert wykonawców, w tym oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, w szczególności w zakresie dokumentów przedkładanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazuje na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony nie dokonał w części odtajnienia określonych informacji zawartych w ofertach trzech wykonawców. Skutkiem powyższego była decyzja Izby o nakazaniu Zamawiającemu dokonania tych czynności w ramach powtórzenia badania ofert złożonych w postępowaniu w zakresie oferty złożonej przez:

- 1) Unizeto Technologies S.A. co do pkt 2 litery b) i pkt 1 litery c wykazu usług oraz referencji potwierdzających wykonanie usług wskazanych w tych punktach wykazu
- 2) Infovide-Matrix S.A. co do referencji potwierdzających wykonanie usług wskazanych w pkt 2 i 3 litery b wykazu usług oraz w pkt 1 litery c wykazu usług oraz zobowiązania podmiotu trzeciego dotyczącego wykazanych w tych punktach usług wykazu
- 3) ATOS IT Services Sp. z o. o. co do referencji potwierdzających wykonanie przez tego wykonawcę usług wskazanych w wykazie usług tego wykonawcy.

Izba nakazała także Zamawiającemu w tym zakresie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, uznając, że naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na podjęcie jako ważnej i prawidłowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu bowiem potwierdził się także zarzut dotyczący nieodtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu (oferta Przystępującego)

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na przywołany przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Przepis ten kształtuje istotną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odczytując tę zasadę łącznie z dyspozycją art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że oferty w postępowaniu udostępnia się wykonawcom od otwarcia ofert, stwierdzić należy, że ustawodawca wypełnienie tej zasady znalazł także w udostępnianiu dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kształtując powyższą zasadę ustawodawca jednocześnie też przewidział ustawowy wyjątek od jej zachowania, także w kontekście udostępniania ofert wykonawców od momentu ich otwarcia. Ten ustawowy wyjątek to regulacja art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje na zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzega, że nie mogą być one udostępniane. Informacje, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) 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 uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt: III CZP 74/05), zapadłej na skutek zapytania prawnego skierowanego do Sądu Najwyższego przez Sąd Okręgowy w Warszawie w związku ze skargą na orzeczenie Zespołu Arbitrów rozpoznawaną przez ten

Sąd, Sąd Najwyższy określił sposób postępowania przez zamawiającego w postępowaniu z ofertami wykonawców, w których ci zastrzegli w sposób nieuprawniony określone informacje, które faktycznie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Sąd Najwyższy stwierdził, że to podmiot zamawiający ma przesądzić o prawidłowości zastrzeżenia informacji w ofercie konkretnego wykonawcy jako tajemnica przedsiębiorstwa. W razie stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności takiego zastrzeżenia koniecznym jest odtajnienie tych informacji. Taki, wytyczony przez Sąd Najwyższy, sposób postępowania z zastrzeżonymi w sposób nieuprawniony informacjami, jest od października 2005 r. powszechnie akceptowany i przyjmowany. Również Izba podziela ten pogląd.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła w przedmiotowej sprawie, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny zastrzeżonych w ofertach trzech wykonawców informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie dokumentów, które miały potwierdzać spełnianie warunków wiedzy i doświadczenia.

Co do oferty złożonej przez Przystępującego Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie jej w zakresie informacji o doświadczeniu, na które wykonawca ten powołuje się, a które to doświadczenie zostało przez tego wykonawcę uzyskane przy realizacji zadań na rzecz podmiotów publicznych. Informacje o realizacji tych usług mogą być z łatwością pozyskane przez każdego w drodze przykładowo powszechnie dostępnego źródła informacji jakim jest internet. Korzystając z tego źródła informacji można pozyskać informacje o wykonywaniu określonych wskazanych w wykazie Przystępującego usług na rzecz tych podmiotów. O ich realizacji na rzecz konkretnych podmiotów informuje zresztą sam Przystępujący na swoich stronach internetowych. Tym samym też informacje w tym przedmiocie zawarte tak w wykazie usług, jak i w dokumentach przedkładanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinny podlegać udostępnieniu w trybie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i zgodnie z zasadą jawności postępowania wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Informacje te z łatwością można było pozyskać, stąd też przesłanka dotycząca tajemnicy przedsiębiorstwa odnosząca się do nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej i podjęcia wobec niej działań w celu zachowania jej poufności nie została w tym przypadku wypełniona.

Co do oferty złożonej przez Infovide-Matrix Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie jej w zakresie dokumentów referencji, które potwierdzały należyte wykonanie usług na rzecz podmiotów publicznych, odnośnie których sam wykonawca (Infovide-Matrix) podjął decyzję o ich odtajnienie w zakresie informacji zawartych w wykazie usług. Skoro informacja o wykonywaniu konkretnych zamówień na rzecz podmiotów publicznych, do jakich niewątpliwie należy zaliczyć Starostwo Powiatowe w Lesznie, Gminę Miejską Żory, czy też Zakład Informatyki Lasów Państwowych w Nowym Bedoniu, nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa także dokument, który potwierdza należyte wykonanie tych zamówień nie

może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym zakresie Izba uznała, że zasadnym było także nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zobowiązania podmiotu trzeciego dotyczącego wykonania wykazanych usług, które samodzielnie wykonawca Infovide-Matrix odtajnił. Treść tego zobowiązania nie zawiera żadnych szczególnych informacji, które stanowiłyby wypełnienie przesłanek świadczących o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zobowiązanie zawiera standardową treść wynikającą z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wyjaśnienia udzielone przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego także w tym zakresie nie zawierają żadnego szczególnego uzasadnienia pozwalającego na stwierdzenie, że powyższa informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Odtajnienie tego dokumentu stanowi także konsekwencję odtajnienia samodzielnie przez wykonawcę informacji o powoływaniu się na wykonywanie danych usług na rzecz konkretnego publicznego podmiotu. Skoro z łatwością można powziąć informację, kto wykonywał wskazane usługi na rzecz tych publicznych podmiotów, jawnym także powinna być standardowa informacja dotycząca posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego przez wykonawcę dla celów wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Co do oferty złożonej przez Atos IT Services Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie jej w zakresie dokumentów, które potwierdzają należyte wykonanie usług, odnośnie których sam wykonawca (Atos IT Services) podjął decyzję o ich odtajnienie w zakresie informacji zawartych w wykazie usług. Skoro informacja o wykonywaniu konkretnych zamówień nie stanowiła, także w ocenie samego wykonawcy, tajemnicy przedsiębiorstwa, to tym samym dokumenty, które potwierdzają należyte wykonanie tych usług zawierające standardową treść wskazującą na podmiot, który wykonywał określone usługi i podmiot, na rzecz którego usługi te były wykonywane, które to informacje są jawne, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem nie wypełniają z pewnością dwóch przesłanek, o których mowa w art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej i podjęcia wobec niej działań w celu zachowania jej poufności).

Podkreślenia wymaga także okoliczność, że wykonawcy Infovide-Matrix oraz Atos IT Services nie zgłosili swoich przystąpień do przedmiotowego postępowania odwoławczego w celu obrony prawidłowości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji w ich ofertach, pomimo prawidłowego wezwania ich do udziału w tym postępowaniu przez Zamawiającego.

Na marginesie Izba zwraca uwagę na to, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentacja z postępowania ma charakter jawny. Jej utajnienie (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) musi mieć charakter wyjątkowy, choćby wynikający z tego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady

jawności postępowania. Dokumenty przedkładane przez wykonawców w postępowaniu, w szczególności na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, także powinny być z zasady jawne. Jeśli wykonawca zastrzega te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w tym zakresie działać z należytą starannością wyłącznie w celu ochrony swoich informacji technicznych, technologicznych, czy organizacyjnych, czy posiadających wartość gospodarczą, które nie zostały w żaden sposób ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich konieczne i niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a nie tylko w celu nieudostępniania tych informacji innym wykonawcom ubiegającym się o dane zamówienie w celu ograniczenia możliwości weryfikacji, w trybie środków ochrony prawnej, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych przez zamawiającego.

Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i uznając, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy – jak wskazano powyżej – miało, a przynajmniej mogło mieć, istotny wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Zamawiającego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczony przez Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....