

WYROK
z dnia 22 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2013 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: CompFort Meridian Polska Sp. z o.o., Devoteam S.A., Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa, przy udziale **Wykonawców** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, Sevenet S.A., ul. Ursynowska 72, 02-605 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu odtajnienie części oferty Wykonawcy konsorcjum firm: INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, Sevenet S.A. od strony 69-85 (tj. wykazu wykonanych usług, referencji, wykazu osób, formularza cenowego)

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - 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 **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: CompFort Meridian Polska Sp. z o.o., Devoteam S.A., Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa na rzecz **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: CompFort Meridian Polska Sp. z o.o., Devoteam S.A., Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę licencji wraz z opieką serwisową oraz usługi wsparcia dla Systemu Monitorowania Usług IT w ZUS”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2013/S 196-339038 z 9 października 2013 roku.

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), DEVOTEAM S.A. wnieśli odwołanie dotyczące czynności Zamawiającego z dnia 1 lipca 2014 roku dotyczącej uznania, iż część oferty złożonej w Postępowaniu przez konsorcjum spółek w składzie Ingrifo Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie i Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej zwani „Konsorcjum Ingrifo”) została prawidłowo zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji odmowy odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu ww. części ofert Konsorcjum Ingrifo.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia części oferty złożonej przez Konsorcjum Ingrifo, tj. od strony 69 do strony 85, zawierającej wykaz usług, wykaz osób oraz formularz pomimo, że w sprawie nie wystąpiły przesłanki do objęcia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 PZP, 96 ust. 3 PZP, w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 roku, Nr 223, poz. 1458) („Rozporządzenie”), poprzez nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego informacji zawartych od strony 69 do strony 85 w ofercie Konsorcjum Ingrifo jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji niezgodną z prawem odmowę udostępnienia tych informacji Odwołującemu.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP ujawnienie treści części oferty złożonej przez Konsorcjum Ingrifo tj. od strony 69 do strony 85, bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W dniu 22 maja 2014 roku Odwołującemu udostępniona została jedynie część oferty Konsorcjum Ingrifo, za wyjątkiem części zastrzeżonej przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jak wskazał Odwołujący, z udostępnionej części oferty złożonej przez Konsorcjum Ingrifo wynikało, że wykonawca ten utajnił część swojej oferty tj. od strony 69 do 85 w zakresie wykazu usług, wykazu osób oraz formularza. Odwołujący wystąpił do

Zamawiającego o udostępnienie mu do wglądu zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty Konsorcjum Ingrifo. 1 lipca 2014 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, iż w jego ocenie Konsorcjum Ingrifo w sposób dostateczny uzasadniło objęcie przedmiotowych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty Konsorcjum Ingrifo obejmujące takie dokumenty jak wykaz usług, wykaz osób oraz formularz nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nie zostały spełnione wszelkie przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w stosunku do zastrzeżonych przez Konsorcjum Ingrifo dokumentów. Informację na temat doświadczenia spółek wchodzących w skład Konsorcjum Ingrifo można uzyskać bezpośrednio z prowadzonych przez nich witryn internetowych (http://www.ingrifo.com/referencie_2.html. <http://www.seyenet.pl/>). Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego jest oczywiste, że przynajmniej niektóre z informacji zawartych na stronie od 69 do 85 są publicznie jawne. Artykuł 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyklucza objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej formie.

Odwołujący wskazał, że skierował do Zamawiającego pismo, do którego załączył oświadczenie pani I..... B..... upoważnionej do reprezentacji BMC Software Distribution B.V. z siedzibą w Schiphol Rijk (Holandia). W ocenie Wykonawcy, informacje zawarte w ww. piśmie mogą stanowić podstawę do wykluczenia Konsorcjum Ingrifo z Postępowania z powodu podania w ofercie tego wykonawcy nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego Postępowania. Konsorcjum Ingrifo oświadczyło, że w części dotyczącej opieki serwisowej (maintenance) do oprogramowania BMC Software zamierza powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom.

Odwołujący podkreślił, że ważne dla Odwołującego jest ujawnienie omawianych informacji - zapewni to bowiem jedyną realną możliwość jednoznacznej oceny czy Konsorcjum Ingrifo spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

Odwołujący nie zgodził się także z zastrzeżeniem przez Konsorcjum Ingrifo dokumentu, który został oznaczony w spisie treści oferty jako „formularz”. Odwołujący domniemywał, że dokument ten stanowi wymagany przez Zamawiającego formularz cenowy, który został udostępniony przez Zamawiającego w SIWZ. Dokument ten został opracowany na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem nie może być on uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zwrócił uwagę, że formularz ten miał zostać opracowany na podstawie załącznika do SIWZ, a zatem w przeważającej części został on stworzony przez Zamawiającego. Podkreślił, że okoliczność, że pewne jego elementy

wymagały wypełnienia przez wykonawcę poprzez podanie szczegółowych specyfikacji zaoferowanych licencji czy ich cen jednostkowych nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania jego twórczego, koncepcyjnego charakteru, który w pewnych sytuacjach uzasadniałby ewentualne utajnienie.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że obowiązkiem Zamawiającego było przeprowadzenie rzetelnej weryfikacji poszczególnych informacji utajnionych przez Konsorcjum Ingrifo i ich odtajnienie, czego Zamawiający jednak nie dokonał.

Izba ustaliła, że w dniu 30 maja 2014 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu informację, z której wynikało, że nie zakończył on jeszcze procesu badania skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie Konsorcjum Ingrifo jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym samym piśmie, Zamawiający poinformował Odwołującego, że zwrócił się do Konsorcjum Ingrifo o udzielenie informacji, w oparciu o jakie okoliczności faktyczne i prawne Konsorcjum Ingrifo zastrzegło część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z treścią tego pisma, Zamawiający wyznaczył Konsorcjum Ingrifo termin na przedstawienie wyjaśnień w powyższym zakresie do dnia 3 czerwca 2014 roku.

Następnie w dniu 1 lipca 2014 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, iż Konsorcjum Ingrifo przedstawiło wyjaśnienia w powyższym zakresie, a także wskazało, że w jego ocenie Konsorcjum Ingrifo w sposób dostateczny uzasadniło objęcie przedmiotowych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający przyznał, że informacja ta stanowiła decyzję Zamawiającego o odmowie odtajnienia omawianych informacji dotyczących Konsorcjum Ingrifo. Zamawiający uznał, że strony 69-85 oferty tego Wykonawcy zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym, termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia 1 lipca 2014 roku, a zatem niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 3 pkt 1 PZP.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z

wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu. Wykonawca w postępowaniu, w którym złożył ofertę ma prawo kwestionować każdą czynność i zaniechanie zamawiającego. Przysługuje mu także prawo do wglądu i porównania złożonych w postępowaniu ofert. Zastrzeżenie dokumentów złożonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa uniemożliwia wykonawcy analizę oferty konkurencyjnej celem oceny prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny ofert. Zasadą w postępowaniu jest jego jawność, każdemu z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu przysługuje prawo dokonania wglądu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne. Z tego względu każdemu z wykonawców przysługuje prawo do złożenia odwołania w sytuacji, gdy Zamawiający nie zdecydował się na odtajnienie dokumentów w postępowaniu. Nieodtajnienie przez Zamawiającego dokumentów złożonych w postępowaniu powoduje, że Wykonawca nie ma możliwości skorzystania z przysługującego mu prawa (dokonania wglądu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne, celem dokonania oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie ofert wykonawców w postępowaniu). Tym samym, należy uznać, że Wykonawca, który kwestionuje czynność Zamawiającego polegającą na braku odtajnienia dokumentów innego wykonawcy w postępowaniu, posiada interes w złożeniu odwołania na tę czynność Zamawiającego. Dokonanie wglądu do ofert złożonych przez innych wykonawców w postępowaniu oraz możliwość zaskarżenia czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie ofert w postępowaniu, jest uprawnieniem Odwołującego i w związku powyższym szkoda, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polega na tym, że nie miałby możliwości skorzystania ze swoich uprawnień (o których mowa powyżej).

Izba podziela pogląd, że naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem. Jest to równoznaczne z występowaniem interesu do zaskarżenia takich czynności lub zaniechań.

Zasadą postępowania, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość wyłączenia jawności postępowania i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, przewidzianych w ustawie. Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma

za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 UZNK.

Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym, gdy nie zdecydował się na odtajnienie dokumentów.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w 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.), zgodnie z którą 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. Wszystkie te przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Izba ustaliła, że Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, Sevenet S.A. zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje znajdujące się na stronach od 69 do 85 swojej oferty. Ta część oferty zawiera dokumenty takie jak: wykaz zrealizowanych dotychczas przez Wykonawcę dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykaz osób, które będą realizowały zamówienie, formularz cenowy, w którym znalazły się lista oferowanych licencji wraz z ich liczbą, jednostkowe koszty usług świadczonych przez Wykonawcę, tj. opieki serwisowej, usług serwisowych, opracowanie dokumentacji związanej ze środowiskiem SMU, aktualizacja dokumentacji związanej ze środowiskiem SMU, usługi dodatkowe – transferu wiedzy, warsztatów, instruktaży, usług dodatkowych (wsparcie w rozwoju SMU). Wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia co do zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów są ogólnikowe. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią bardzo istotną kwestię dla każdego przedsiębiorcy, tym samym podejmuje on szereg czynności i szereg zabezpieczeń, celem ochrony poufności takich informacji. Takich działań w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, Sevenet S.A. nie wskazano. Przedstawiono za to wyjaśnienie, czym jest tajemnica przedsiębiorstwa w świetle obowiązujących przepisów. Nadto przedmiotowe wyjaśnienia bogato ozdobiono cytatami z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Jakkolwiek bogaty jest dorobek orzeczniczy Izby w tematyce zastrzeżenia informacji jako tajemnicy

przedsiębiorstwa, to nie może być on uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w konkretnym przypadku. Wraz z wyjaśnieniami nie przedstawiono Zamawiającemu żadnych dodatkowych dokumentów, w tym także jakichkolwiek umów. Nie przedstawiono żadnych dowodów, które mogłyby uzasadniać zastrzeżenie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. A jak wspomniano powyżej, w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte są określone działania i czynności podejmowane w celu jej ochrony, co oznacza, że jeżeli istotnie działania takie zostały podjęte, to powinny istnieć materialne dowody ich podjęcia. Tym samym, za nieprawidłowe uznać należy działanie Zamawiającego, który uznał za uzasadnione utajnienie dokumentów stanowiących część oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum firm: INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, Sevenet S.A. Uznając prawidłowość działań Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, Sevenet S.A., Zamawiający oparł się jedynie na ogólnych i niedowodzonych twierdzeniach tego wykonawcy.

Odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia informacji znajdujących się w wykazie dostaw potwierdzających wykonanie wymaganych dostaw i wdrożeń, Izba ponownie podkreśla, że znalazły się w nim ogólne, niedowodzone twierdzenia. Wykonawca uzasadnił zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, twierdząc, że: „Ujawnienie tych informacji osobom trzecim mogłoby spowodować osłabienie możliwości konkurencyjności na rynku, w efekcie czego, wykonawca byłby narażony na poniesienie szkody w znacznej wartości.” W pierwszej kolejności uwagę zwraca zawarte w tym sformułowaniu Wykonawcy słowo „mogłoby”. Tego rodzaju sformułowanie, wskazujące na jedynie potencjalnie negatywny skutek dla wykonawcy, może zawrzeć każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym. W przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa każdy przedsiębiorca doskonale wie, jaką wartość ma określona informacja i jakie mogą być konsekwencje jej ujawnienia, jakiego rodzaju i gdzie poniesie straty wskutek jej ujawnienia, jaką konkretnie może ponieść stratę i jaka będzie jest wysokość. Stwierdzenie przypuszczające oznacza jedynie, że Wykonawca wcale nie jest pewny, że ujawnienie zastrzeżonych przez niego informacji, rzeczywiście spowodowałoby dla niego negatywne konsekwencje, w szczególności naraziło na straty.

Należy w tym miejscu podkreślić, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy w niniejszej sprawie wykazu zrealizowanych dostaw, a konkretnie podmiotów, na rzecz których Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, Sevenet S.A. świadczyli usługi. Objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie usług na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane per se za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie.

Podstawa zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie została w tym zakresie wykazana. Okoliczność, że dane podmioty zawarły umowę, w ocenie Izby nie stanowi żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawione dopiero podczas rozprawy umowy, również nie uzasadniają skuteczności zastrzeżenia wykazu zrealizowanych dostaw jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tym miejscu należy wskazać, że Wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, Sevenet S.A. przedstawili dla każdej ze zrealizowanych usług umowę z kontrahentem. Należy podkreślić, że w trakcie rozprawy Przystępujący nie przywołał treści żadnego konkretnego postanowienia umowy, które uzasadniałoby zastrzeżenie jako poufne informacji zawartych w wykazie dostaw w niniejszym postępowaniu. W treści umów brak jest wskazania na okoliczność, iż sam fakt zawarcia umowy stanowi informację poufną, a takie dane zostały zastrzeżone w treści oferty Przystępującego.

Nadto należy wskazać, że w przedmiotowym wykazie poza podmiotami, z którymi zawarto umowę, wskazano także zakres zamówienia. Co istotne, zakres ten odpowiada treści opisu warunku udziału określonego w SIWZ, a postanowienia SIWZ przepisane do treści wykazu nie można uznać aby w jakimkolwiek sposób uzasadniały dokonanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym bardziej nie stanowi to żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet, gdy wskazano, że jest to rozwiązanie równoważne do tego, którego potwierdzenia oczekiwał Zamawiający. W wykazie wskazano także nazwy producentów oprogramowania. W ocenie Izby nie można uznać, że ogólna nazwa producenta oprogramowania stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, że nazwy ogólne oprogramowań znajdują się także w treści referencji potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Adresatami referencji jest zaś nieograniczony krąg podmiotów. Referencje są bowiem ze swej istoty wystawiane z przeznaczeniem dla nieokreślonej liczby podmiotów, które są zainteresowane ich treścią. Gdyby Bank wystawiający referencje nie był zainteresowany ujawnieniem określonych informacji podawanych w treści referencji (w tym zastosowanym i funkcjonującym u niego oprogramowaniem), wówczas nie wystawiałby referencji określonej treści lub też w treści tych referencji zastrzegłby, że nie mogą być one nikomu udostępnione. Gdyby Bank rzeczywiście zainteresowany był nieujawnianiem okoliczności zawarcia pomiędzy nim a Wykonawcami wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, Sevenet S.A. umowy, nie wystawiałby referencji, bo z natury rzeczy są one skierowane do podmiotów trzecich, a nie tylko dla Banku i tego Wykonawcy. Tym samym, skoro nazwy wystawców referencji oraz nazwy oprogramowań znalazły się w treści referencji, w których nie zastrzeżono, że nie mogą być ujawniane, to również nie było podstaw do utajnienia informacji w zakresie oprogramowania, które w skróconej formie pojawiło się w wykazie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Żadna umowa pomiędzy stronami nie może zmienić tej zasady.

Należy podnieść, że umowa o udzielenie zamówienia zawarta pomiędzy Zamawiającym a wybranym wykonawcą jest jawna. Do umowy zostaną wpisane, zgodnie z jej § 8, dane z formularza cenowego, w tym za: wykonanie usługi serwisowej w zakresie Obsługi parametryzacji, za wykonanie Opracowania dokumentacji związanej ze środowiskiem SMU, za wykonanie Aktualizacji dokumentacji związanej ze środowiskiem SMU, za wykonanie usługi dodatkowej w zakresie Transferu wiedzy - warsztaty, instruktaże. Tym samym dane zawarte na stronie 85 oferty Wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, Sevenet S.A., tj. wyszczególnienie ww. usług oraz cena za ich realizację znajdują się w treści umowy. Co więcej, Przystępujący nie wykazał istnienia żadnej okoliczności, która miałaby potwierdzić, że takie dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wskazał, jakie działania podjął w celu utajnienia tych informacji, ani nie wykazał szkody, jaka miałaby powstać po ujawnieniu tych informacji. Nie wykazał więc zatem spełnienia podstawowych przesłanek ustawowych, które umożliwiają dokonanie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym bardziej nie można mówić o poniesieniu przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, Sevenet S.A. szkody, skoro te informacje staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Jak wyżej wskazano, tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy.

Co istotne, zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny. Poszczególne ww. pozycje składają się na cenę w niniejszym postępowaniu, a także zostaną ujawnione po podpisaniu umowy. Cena w niniejszym postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Podobna uwaga odnosi się do zastrzeżenia informacji zawartych także na stronie 84 oferty Wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, Sevenet S.A.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 8 ust. 6 wzoru umowy stanowiącym załącznik do SIWZ, „szczegółową specyfikację cenową za poszczególne pozycje z przedmiotu Umowy określa

formularz cenowy (zgodnie z wybraną ofertą) stanowiący Załącznik nr 7 do Umowy.” Należy więc zauważyć, że również formularz cenowy, jako załącznik do umowy, będzie jawny.

W ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał zaistnienia przesłanek ustawowych określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie dokonanego przez niego zastrzeżenia treści formularza cenowego jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Istotną kwestią w niniejszej sprawie jest fakt, że w treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, dotyczących przyczyn zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący nie wskazał konkretnej umowy oraz nie powołał się na konkretne postanowienie umowy o zachowaniu poufności informacji, zawartej przez Przystępującego z Hewlett Packard Polska sp. z o.o. i przedstawionej w trakcie rozprawy jako dowód w sprawie. W treści wyjaśnień Przystępujący nie wskazał ani daty zawarcia umowy, ani nie powołał faktu jej zawarcia dla potrzeb określonego postępowania. W treści wyjaśnień Przystępujący powołuje się jedynie ogólnie na „zapisy umów”, nie zaś na konkretną zawartą umowę i na konkretne postanowienia takiej umowy, które obligują go do utajnienia określonych informacji. Treści umowy Przystępujący również nie przedstawił Zamawiającemu, składając wyjaśnienia dotyczące przyczyn utajnienia informacji. Nadto Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia na podstawie tej umowy, że nie jest możliwe ujawnienie informacji w zakresie zaoferowanych licencji. Z treści umowy wynika, że listy cenowe są uznawane za informacje poufne. Należy jednak wskazać, że w formularzu cenowym podano ceny obowiązujące w postępowaniu (ceny, za jakie Przystępujący oferuje oprogramowanie Zamawiającemu), nie zaś listy cenowe, jakie obowiązują strony umowy na podstawie samej umowy. Rozliczenie pomiędzy Przystępującym a Hewlett Packard Polska sp. z o.o. jest czymś innym niż treść oferty złożonej w postępowaniu. Zamawiający, jak również inne podmioty nie będą miały wiedzy, za jaką cenę Przystępujący nabył produkt, który następnie zaoferował Zamawiającemu, gdyż Zamawiający nie będzie otrzymywał faktur ani innych dokumentów, na podstawie których Przystępujący nabywać będzie licencje od Hewlett Packard Polska sp. z o.o. Zamawiającemu ani innym podmiotom nie są znane sposoby rozliczenia pomiędzy stronami tej umowy, w tym listy cenowe, ceny po jakich Przystępujący nabywa licencje od Hewlett Packard Polska sp. z o.o., a tym samym ceny, podane przez Przystępującego w formularzu cenowym, nie stanowią żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadto w zakresie formularza cenowego aktualne jest stanowisko przedstawione powyżej, że zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny. Poszczególne ww. pozycje formularza cenowego składają się na cenę w niniejszym postępowaniu, a także zostaną ujawnione po podpisaniu umowy. Cena w niniejszym postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby tego zamówienia. Skoro

jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę.

Nadto w treści wyjaśnień Przystępujący oświadczył, że „oferuje rozwiązanie stworzone w oparciu o szczególne know-how.” Jednakże Przystępujący nie określił, czego to know-how ma dotyczyć i na czym ono polega.

W szczególności Przystępujący nie wykazał, że lista oprogramowania stanowi jego know – how. Know – how jest czymś, co stanowi rozwiązanie oryginalne i do czego dostęp mają nieliczni, dlatego też musi zostać wykazane, że strona podjęła określone działania w celu zabezpieczenia się przed nieuprawnionym dostępem do know-how. Strona powinna więc wykazać, w jaki sposób chroni know-how. W niniejszej sprawie Przystępujący okoliczności tych nie wykazał. Nie sposób ustalić, w jaki sposób Przystępujący chroni rozwiązanie, które uważa za swoje know-how. Poza tym Przystępujący nie wykazał, że zestaw licencji, zawarty w jego ofercie, faktycznie stanowi jego know-how, a więc, że jest to zestaw oryginalny, którego odtworzenie nie jest możliwe przez innych wykonawców.

Ponownie należy podkreślić, że jawność postępowania jest jedną z jego naczelných zasad. Strony nie mogą na mocy swoich działań zasady tej wyłączać bez wyraźnej i jednoznacznej podstawy. Tym samym, strony umowy nie mogą wyłączyć jawności ceny zaoferowanej w postępowaniu.

Na szczególne podkreślenie zasługuje fakt, że Przystępujący w treści wyjaśnień przedstawionych Zamawiającemu nie udowodnił, że informacje składane w jego ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarł jedynie ogólne sformułowania, nie odnoszące się do konkretnych faktów i działań. Nie wskazał konkretnych dowodów, uzasadniających dokonanego przez siebie utajnienia informacji, ani też szkody, jaką poniósłby wskutek ich ujawnienia. Przede wszystkim zaś nie udowodnił, a to na Przystępującym spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie, że zaoferowany przez niego zestaw licencji jest rozwiązaniem na tyle oryginalnym, że stanowi jego know-how, którego odtworzenie nie jest możliwe bez ujawnienia treści tego know-how. Przystępujący nie wykazał również, w jaki sposób to know-how chroni, ani nie wykazał, czy istniała możliwość zaoferowania innej konfiguracji licencji. W ocenie Izby nie stanowi tajemnicą przedsiębiorstwa wskazanie nazwy oprogramowania jednego, powszechnie znanego producenta.

W ocenie Izby, bezskutecznie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa referencje znajdujące się na stronie 73-75 oferty Przystępującego. Referencje są dokumentem, w którym podmiot wystawiający oświadcza wobec nieograniczonej i nieoznaczonej liczby podmiotów, że określony podmiot (wykonawca) należycie wykonał określone zadanie. Tym samym już z definicji referencji wynika, że są one kierowane do

wszystkich podmiotów, które mogą być zainteresowane poznaniem ich treści. W treści przedmiotowych referencji Przystępującego nigdzie nie zostało wskazane, że ich treść ma charakter poufny i nie mogą być one okazywane podmiotom trzecim. Brak jest zastrzeżenia poufności w treści tych referencji lub zastrzeżenia, że ich okazaniem podmiotom trzecim każdorazowo wymaga zgody podmiotów wystawiających referencje. Co więcej, w treści tych dokumentów znajdują się jedynie informacje na temat podmiotu wystawiającego referencje, zadania, jakie zostało wykonane i ogólne nazwy producentów oprogramowania. Dokumenty referencji potwierdzają należyte wykonanie zadania. Zawierają ocenę sposobu wykonania zadania. Nie sposób więc uznać, aby tego rodzaju informacje, jakie znalazły się w referencjach przedstawionych przez Przystępującego, miały charakter poufny lub mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, nie podjęli nawet próby wykazania, że referencje zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub jakimkolwiek innym charakterze, który mógłby podlegać ochronie. W stosunku do żadnego z tych dokumentów nie wykazano, że podjęto jakiegokolwiek działania celem ich utajnienia. Tym samym, nie spełniono podstawowych przesłanek, o których mowa w art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a których spełnienie jest niezbędne, aby dane informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podobnie, w ocenie Izby nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa dokumenty stanowiące wykaz osób, które będą realizowały zamówienie, przedstawiony na stronach 76-82 oferty Przystępującego. W pierwszej kolejności należy podnieść, że w treści wyjaśnień, jakie Przystępujący przedstawił Zamawiającemu nie wskazano, jakie czynności podjął, aby zachować poufność informacji, a jest to podstawowa przesłanka do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponownie, poza ogólnymi sformułowaniami w treści wyjaśnień, brak jest jakichkolwiek dowodów na okoliczność zawarcia umów z poszczególnymi pracownikami. Stwierdzenie Przystępującego o „podkupowaniu pracowników”, również nie zostało w żaden sposób wykazane. Takie stwierdzenie można odnieść do każdej branży i każdego postępowania przetargowego. Zmiana pracodawcy w wyniku inicjatywy pracownika jest elementem normalnej gry rynkowej, a Przystępujący nie wykazał, aby w tym konkretnym postępowaniu przysługujące każdemu pracownikowi prawo do rozwiązania umowy o pracę prowadziło do naruszenia praw Przystępującego.

Także w odniesieniu do wykazu osób, które realizowały będą zamówienie, nie została wykazana żadna z przesłanek, o których mowa w art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tylko łączne spełnienie przesłanek, o których mowa w tym przepisie, pozwala na uznanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

To na wykonawcy ciąży wykazanie, że określona informacja ma charakter poufny. W sytuacji, gdy rzeczywiście dana informacja ma charakter poufny, wykonawca powinien okoliczność tę wykazać w taki sposób, aby poufność tej informacji nie budziła niczyjej wątpliwości. Wykonawca powinien więc udowodnić, że informacja ma charakter poufny i że wykonawca strzeże poufności tej informacji. Okoliczności tych nie można się domyślać, ani domniemywać, lecz powinny one zostać udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania. Brak jest podstaw do uznania poufności informacji, których poufności wykonawca próbuje wykazać ogólnikowymi stwierdzeniami i sloganami.

Fakt, że dane poszczególnych osób nie zostały wskazane na stronie internetowej nie oznacza, że dane te są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Należało udowodnić podjęcie działań i wskazać konkretne dowody podjęcia przez Wykonawcę działań w celu utajnienia informacji. W niniejszej sprawie Przystępujący nie spełnił tych wymogów.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....