

WYROK

z dnia 21 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **Comarch Polska Spółkę Akcyjną w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź w Łodzi**

przy udziale:

- A. wykonawcy **COIG Spółka Akcyjna w Katowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Asseco Data Systems Spółka Akcyjna w Gdyni, Asseco Poland Spółka Akcyjna w Rzeszowie, DahliaMatic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **Sputnik Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Miastu Łódź w Łodzi** – ujawnienie następujących dokumentów:

1) dot. oferty wykonawcy COIG Spółka Akcyjna w Katowicach:

- Wykaz dostaw w zakresie poz. 1 oraz nazwy projektu, którego dotyczy przedłożone doświadczenie wykonawcy;
- Dokument (dokumenty) potwierdzające należyte wykonanie dostawy wskazanej w Wykazie dostaw w poz. 1.
- Zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów wraz z KRS podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie wskazane w Wykazie dostaw w poz. 1.
- Uzasadnienie dotyczące zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wyjaśnienia w tym zakresie z dnia 24 maja 2016r.;
- Informacji zawartych w korespondencji pomiędzy Zamawiającym a COIG Spółka Akcyjna w Katowicach dotyczących oceny oferty COIG Spółka Akcyjna w Katowicach (wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny z dnia 9 maja 2015 roku oraz wyjaśnienia treści oferty z dnia 10 maja 2016 roku);

2) dot. oferty wykonawcy Sputnik Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu:

- Wykaz dostaw - w całości oraz nazwy projektów, którego dotyczy przedłożone doświadczenie wykonawcy;
- Dokument (dokumenty) potwierdzające należyte wykonanie dostawy wskazanej w Wykazie dostaw;
- Zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów wraz z KRS podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie wskazane w Wykazie dostaw;
- Uzasadnienie dotyczące zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

3) dot. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Data Systems Spółka Akcyjna w Gdyni, Asseco Poland Spółka Akcyjna w Rzeszowie, DahliaMatic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni:

- Uzasadnienie dotyczące zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wyjaśnienia w tym zakresie z dnia 25 maja 2016r.;
- Informacji zawartych w korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna w Gdyni, Asseco Poland Spółka Akcyjna w Rzeszowie, DahliaMatic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni dotyczących oceny ich oferty;

2. kosztami postępowania obciąża:

A. wykonawcę **COIG Spółka Akcyjna w Katowicach**,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Asseco Data Systems Spółka Akcyjna w Gdyni, Asseco Poland Spółka Akcyjna w Rzeszowie, DahliaMatic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni**

C. wykonawcę **Sputnik Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**
i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Comarch Polska Spółkę Akcyjną w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od:

A. wykonawcy **COIG Spółka Akcyjna w Katowicach** na rzecz **Comarch Polska Spółki Akcyjnej w Krakowie** kwotę **6 200 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Asseco Data Systems Spółka Akcyjna w Gdyni, Asseco Poland Spółka Akcyjna w Rzeszowie, DahliaMatic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni** na rzecz **Comarch Polska Spółki Akcyjnej w Krakowie** kwotę **6 200 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

C. wykonawcy **Sputnik Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** na rzecz **Comarch Polska Spółki Akcyjnej w Krakowie** kwotę **6 200 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy dwieście 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 (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź w Łodzi – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie finansami Miasta.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 10 czerwca 2016 roku wykonawca Comarch Polska SA w Krakowie wniósł niniejszym odwołanie od:

- zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez:

1) COIG SA w Katowicach:

- wykaz dostaw w zakresie poz. 1 oraz nazwy projektu, którego dotyczy przedłożone doświadczenie wykonawcy;

- dokument (dokumenty) potwierdzające należyte wykonanie dostawy wskazanej w Wykazie dostaw w poz. 1.

- zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów wraz z KRS podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie wskazane w Wykazie dostaw w poz. 1.

- uzasadnienie dotyczące zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wyjaśnienia w tym zakresie z dnia 24 maja 2016r.;

- informacji zawartych w korespondencji pomiędzy zamawiającym a COIG dotyczących oceny oferty COIG (wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny z dnia 9 maja 2015 roku oraz wyjaśnienia treści oferty z dnia 10 maja 2016 roku);

2) Sputnik Software Sp. z o. o. w Poznaniu

- wykaz dostaw - w całości oraz nazwy projektów, którego dotyczy przedłożone doświadczenie wykonawcy;

- dokument (dokumenty) potwierdzające należyte wykonanie dostawy wskazanej w Wykazie dostaw;

- zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów wraz z KRS podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie wskazane w Wykazie dostaw;

- uzasadnienie dotyczące zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

- informacji zawartych w korespondencji pomiędzy zamawiającym a Sputnik dotyczących oceny oferty Sputnik;

3) Konsorcjum Asseco Poland S.A., Asseco Data Systems S.A., DahliaMatfc sp. z o. o.:

- uzasadnienie dotyczące zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wyjaśnienia w tym zakresie z dnia 25 maja 2016r.;

- informacji zawartych w korespondencji pomiędzy zamawiającym a Asseco dotyczących oceny oferty Asseco;

pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czym naruszono art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu ww. zastrzeżonych części ofert oraz dokumentacji postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- odtajnienia dokumentów wymienionych w powyżej w *petitum* odwołania.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy P.z.p.). odwołujący zażądał od zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż wskazane w treści odwołania zaniechanie czynności odtajnienia dokumentów, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy P.z.p. Podtrzymanie przez zamawiającego utajnienia wymienionych w odwołaniu dokumentów uniemożliwia bowiem zapoznanie się z ich treścią i weryfikację prawidłowości dokonanej w tym zakresie przez zamawiającego oceny ofert, znajdujących się w rankingu oceny na pozycjach poprzedzających pozycję odwołującego. Stąd odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy P.z.p. oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych

przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p. i ubiega się o udzielenie zamówienia. Odwołujący ma zatem legitymację czynną we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem jego uwzględnienie może doprowadzić w dalszej perspektywie do wyboru jego oferty i zawarcia przez odwołującego umowy z zamawiającym.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 31 maja 2016 roku, na wniosek odwołującego, przekazał odwołującemu informację o ocenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zamawiający poinformował, iż:

Zamawiający - Miasto Łódź, Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104, informuje, iż w związku z przeprowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Oz, U, z2015 r. poz; 2164 t.J. zm, zwaną dalej ustawą) postępowaniem wyjaśniającym dotyczącym zastrzeżenia klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” części ofert złożonych w niniejszym postępowaniu ustalono:

1) Na podstawie wyjaśnień wykonawcy COIG SA, złożonych w dniu 24.05.2016r. (stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa), komisja przetargową postanowiła, że n/w dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.:

- dokumenty związane z zestawem testowym,*
- dokumenty związane z dostawą wskazaną w pozycji nr 1 wykazu dostaw*
- wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone w dniu 09.05,2016r.*
- wyjaśnienia dotyczące treści oferty złożone w dniu 10.05.2016r.,*

W pozostałym zakresie oferta wskazanego wykonawcy jest jawna.

Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa są wystarczające i potwierdzające spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2) Na podstawie wyjaśnień wykonawcy konsorcjum firm Asseco Data Systems S.A. złożonych w- dniu 25.05.2016r. komisja przetargowa postanowiła, że dokumenty dotyczące wykazu dostaw należy odtajnić, gdyż nie zostały wykazane wszystkie przesłanki określone w art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie ze wskazaną analizą oraz potwierdzeniem wykonawcy wskazane dokumenty (wykaz dostaw oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie) zostają odtajnione,

co oznacza, że mogą zostać udostępnione Innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu do wglądu.

Z uwagi na fakt, iż przedmiotowa informacja nie obejmowała oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Sputnik, odwołujący złożył dodatkowe zapytanie w tym zakresie, skutkiem czego w dniu 2 czerwca 2016 roku zamawiający przekazał następującą informację:

Zamawiający informuje, iż zgodnie z pismem z dnia .31.05.2016 r., odtajnienia dokumentów, zostało zakończono postępowanie wyjaśniające dotyczące badania prawidłowości i skuteczności utajnienia - opatrzenia dokumentów w ofercie klauzulą "tajemnica przedsiębiorstwa" we: wszystkich ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu.

W zakresie oferty wykonawcy: COIG SA - zgodnie z pismem z dnia 31.05.2016 r., konsorcjum firm:

- 1) Asseco Data Systems SA (lider konsorcjum)*
- 2) Asseco Poland S.A,*
- 3) DahliaMatic Sp. z o.o, zgodnie z pismem z dnia 31,05.2016 r.*

Sputnik Software Sp. z o.o. - tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią n/w dokumenty (str. 23 - 129 oferty):

- uzasadnienie dot. zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,*
- wykaz dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,*
- zobowiązanie podmiotów trzecich do użyczenia zasobów wraz z dokumentami formalnymi*
- informacja z banku,*
- zestaw testowy*

w pozostałym zakresie oferta jest jawna.

Comarch Polska S.A. tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią n/w dokumenty (str. 54 - 67 oferty) tj.:

- wyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikiem,*
- informacja z banku,*

- *zestaw testowy*

w pozostałym zakresie oferta jest jawna.

Odwołujący wskazał, iż na dzień wniesienia niniejszego odwołania nie została zakończona ocena ofert. Niemniej jednak, z uwagi na jednoznaczne poinformowanie w ww. terminach o zakończeniu procedury badania skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych w ofertach, złożenie odwołania w zakresie odtajnienia przedmiotowych dokumentów po wyborze oferty najkorzystniejszej byłoby spóźnione.

Odwołujący wskazał, iż utrzymanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w Wykazie dostaw wraz z dokumentami tzw. referencyjnymi, nie ma uzasadnienia. Wynika to z następujących okoliczności:

1. wszystkie warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagały doświadczenia pozyskanego przy wykonywaniu zamówień na rzecz podmiotów publicznych, do których ma zastosowanie zarówno ustawa P.z.p. wskazująca, iż umowy zawarte w jej trybie są jawne, tak też i ustawa o dostępie do informacji publicznej. W s.i.w.z. wymagano bowiem wylegitymowania się doświadczeniem pozyskanym przy realizacji zamówienia:

a) na rzecz „jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych” (warunek z pkt. 5.1.2.1. s.i.w.z., poz. 1 Wykazu), oraz

b) na rzecz. „jednostek samorządu terytorialnego w rozumieniu ustaw o samorządzie gminnym, o samorządzie powiatowym lub o samorządzie województwa lub innych jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych” (warunek z pkt. 5.1.2.2. s.i.w.z., poz. 2 Wykazu, dotyczy 3 zamówień).

2. Wzór Wykazu dostaw był ściśle narzucony przez zamawiającego, w stopniu niespotykanym w innych postępowaniach. Nie tylko przepisano w nim brzemienne warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia, lecz dodatkowo w opisie dostawy, który zwyczajowo wykonawcy uzupełniają samodzielnie, zamawiający również narzucił określoną treść, pozostawiając jedynie do uzupełnienia konkretne dane, typu nazwę jednostki samorządu terytorialnego, czy liczbę mieszkańców. Narzucenie treści wykazu dostaw było posunięte do tego stopnia, iż w s.i.w.z. (str. 26) wprost zakazano dokonywania w nim jakichkolwiek zmian. Otóż zgodnie z powołanym zapisem s.i.w.z., zakazano modyfikacji treści załączników do s.i.w.z. (co obejmuje również Załącznik nr 6 , będący Wzorem wykazu

wykonanych głównych dostaw), określając jednocześnie, że dopuszcza się wyłącznie zmianę wielkości pól oraz zmianę odmiany wyrazów wynikającą ze złożenia oferty wspólnej:

Wskazane powyżej załączniki wykonawca wypełnia stosownie do treści pkt. 10 s.i.w.z. Zamawiający dopuszcza zmiany wielkości pól załączników oraz odmiany wyrazów wynikające ze złożenia oferty wspólnej. Wprowadzone zmiany nie mogą zmieniać treści załączników.

W ocenie odwołującego, powyższe powoduje, iż utrzymanie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w Wykazie dostaw, dotyczących ich „referencjach” oraz ewentualnych wyjaśnieniach/uzupełnieniach (korespondencja w zakresie oceny warunku wiedzy i doświadczenia), jest nieuprawnione. Informacje zawarte w Wykazie, nazwy projektów przedłożonych jako doświadczenie potwierdzające postawione warunki, jak i potwierdzenie ich należytego wykonania są informacjami, do których osoba trzecia może dotrzeć w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych nadzwyczajnych działań z jej strony, wykorzystując dostępne ustawowo środki, takie jako wniosek o udostępnienie informacji publicznej.

Niezależnie od tego, uznanie za tajne informacji, które *per se* są jawne z uwagi na zapis art. 139 ust. 3 P.z.p. - nie może korzystać z ochrony. Powyższe dotyczy również treści zobowiązań wraz z KRS złożonych przez ww. wykonawców. Podmiot trzeci udostępniający zasoby na potwierdzenie postawionych w s.i.w.z. warunków, musiał bowiem realizować umowy na rzecz podmiotów publicznych, które co do zasady są jawne i są dostępne zwykłą drogą. Odwołujący zaznaczył, iż zakres utajnionych informacji, dotyczący w tym przypadku stron takiej umowy (podmiotu trzeciego oraz odbiorcy-podmiotu publicznego), nazw wykonywanych projektów (co nie musi wynikać z treści Wykazu dostaw, może też wynikać z udzielonych wyjaśnień), czy też inne dane pozwalające na ocenę spełnienia warunku, które należało podać (jak liczba mieszkańców danej jednostki samorządu terytorialnego), nie są informacjami newralgicznymi czyli tzw. sensytywnymi, co więcej - nie są też informacjami o charakterze technicznym czy organizacyjnym i w ogóle nie dotyczą przedsiębiorcy.

Odwołujący podniósł, że - co do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa samego uzasadnienia zastrzeżenia określonych informacji złożonych w ofertach jako tajemnicy przedsiębiorstwa (wraz z wyjaśnieniami w tym zakresie) - czynność taka, jak i jej podtrzymanie przez zamawiającego, również budzi wątpliwości prawne. Odwołujący wskazuje, iż ukształtowała się praktyka, w ramach której wykonawcy zastrzegają jako niejawnie przygotowane w ofertach uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa (odwołujący przyznał, iż sam tak postąpił), niemniej jednak, zdaniem odwołującego praktyka, taka może budzić uzasadnione wątpliwości. Możliwa bowiem jest ocena, iż informacje będące takim

uzasadnieniem, mogą być uznane za informacje o charakterze formalnym, które nie mają istotnej wartości gospodarczej, ani też nie są informacją handlową czy technologiczną. W szczególności uzasadnienie objęcia tajemnicą danej części oferty winno sprowadzać się tylko do wykazania ziszczenia się poszczególnych przesłanek ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wnosi zatem o rozstrzygnięcie przez Izbę prawidłowości przedmiotowej praktyki (zaznaczając, iż w razie uwzględnienia zarzutu w tym zakresie przyjmie wynikającą z zasady równego traktowania wykonawców konsekwencję odtajnienia przedmiotowego uzasadnienia również w ramach jego własnej oferty).

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zamawiający w piśmie z dnia 31 maja 2015 roku podał, iż w zakresie wykonawców COIG i Asseco opierał się na wyjaśnieniach w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez tych wykonawców po dniu składania ofert (zamawiający podał daty tych wyjaśnień odpowiednio: 9 i 10 maja br.). Odwołujący zarzucił w związku z tym, iż – skoro konieczne były dodatkowe wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – czynność zastrzeżenia informacji złożonych w ofertach tych wykonawców należy uznać za nieskuteczna w całości. Ustawa P.z.p. nie dopuszcza bowiem uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (a tak należy ocenić takie „wyjaśnienia”) po dniu składania ofert.

W zakresie korespondencji służącej ocenie ofert (składanych przez ww. wykonawców ewentualnych wyjaśnień i uzupełnień), odwołujący wniósł o weryfikację, czy i na ile informacje zawarte w tych wyjaśnieniach spełniają legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli składane w ramach prowadzonej korespondencji wyjaśnienia pokrywają się z podwabionymi w niniejszym odwołaniu zarzutami, odwołujący wniósł o nakazanie ich odtajnienia. W tym miejscu odwołujący podniósł również argumentację dotyczącą nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców COIG i Asseco w całości, co wynika z dokonywania dalszych uzasadnień po dniu składania ofert. Skoro tak, nie ma podstaw to obejmowania i podtrzymywania przez zamawiającego jakiegokolwiek korespondencji prowadzonej z tymi wykonawcami w toku postępowania. Nie istnieje bowiem skuteczne źródło tego zastrzeżenia, które może mieć miejsce tylko w ofercie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący Asseco Data Systems wniósł sprzeciw w zakresie dokumentów: prezentacja próbka zestaw testowy oraz wyjaśnień dotyczących rozwiązania klasy R (odpowiedź z dnia 04.05.2016 r.) wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Przystępujący Sputnik wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Przystępujący COIG wniósł sprzeciw w zakresie uwzględnienia zarzutów odwołania odnoszących się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W pozostałym zakresie uznał uwzględnienie za zasadne.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w dniu 31 maja 2016 roku przekazał odwołującemu informację o ocenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zamawiający poinformował, iż:

Zamawiający - Miasto Łódź, Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104, informuje, iż w związku z przeprowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm., zwaną dalej ustawą) postępowaniem wyjaśniającym dotyczącym zastrzeżenia klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” części ofert złożonych w niniejszym postępowaniu ustalono:

1) Na podstawie wyjaśnień wykonawcy COIG SA, złożonych w dniu 24.05.2016r. (stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa), komisja przetargową postanowiła, że n/w dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.:

- dokumenty związane z zestawem testowym,*
- dokumenty związane z dostawą wskazaną w pozycji nr 1 wykazu dostaw*
- wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone w dniu 09.05,2016r.*
- wyjaśnienia dotyczące treści oferty złożone w dniu 10.05.2016r.,*

W pozostałym zakresie oferta wskazanego wykonawcy jest jawna.

Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa są wystarczające i potwierdzające spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2) Na podstawie wyjaśnień wykonawcy konsorcjum firm Asseco Data Systems S.A. złożonych w- dniu 25.05.2016r. komisja przetargowa postanowiła, że dokumenty dotyczące wykazu dostaw należy odtajnić, gdyż nie zostały wykazane wszystkie przesłanki określone w art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 2 czerwca 2016 roku zamawiający przekazał następującą informację:

Zamawiający informuje, iż zgodnie z pismem z dnia .31.05.2016 r., odtajnienia dokumentów, zostało zakończono postępowanie wyjaśniające dotyczące badania prawidłowości i skuteczności utajnienia - opatrzenia dokumentów w ofercie klauzulą "tajemnica przedsiębiorstwa" we: wszystkich ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu.

W zakresie oferty wykonawcy: COIG SA - zgodnie z pismem z dnia 31.05.2016 r., konsorcjum firm:

- 1) Asseco Data Systems SA (lider konsorcjum)*
- 2) Asseco Poland S.A,*
- 3) DahliaMatic Sp. z o.o, zgodnie z pismem z dnia 31.05.2016 r.*

Sputnik Software Sp. z o.o. - tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią n/w dokumenty (str. 23 - 129 oferty):

- uzasadnienie dot. zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,*
- wykaz dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,*
- zobowiązanie podmiotów trzecich do użyczenia zasobów wraz z dokumentami formalnymi*
- informacja z banku,*
- zestaw testowy*

w pozostałym zakresie oferta jest jawna.

Comarch Polska S.A. tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią n/w dokumenty (str. 54 - 67 oferty) tj.:

- wyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikiem,*
- informacja z banku,*
- zestaw testowy*

w pozostałym zakresie oferta jest jawna.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej

mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu "niezbędność". Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują rodzaju lub zakresu środków, do których podjęcia zobowiązany jest wykonawca. Rodzaj i zakres wymaganych zabezpieczeń zależą będzie zatem w szczególności od rodzaju informacji, sposobu utrwalenia informacji, struktury oraz wielkości przedsiębiorstwa, a także pozycji rynkowej danego wykonawcy.

W ramach podejmowanych środków można wyróżnić fizyczne oraz prawne środki ochrony informacji. Fizyczne środki ochrony informacji mogą polegać w szczególności na:

- klasyfikacji i znakowania poufnych informacji,
- ograniczeniu dostępu oraz fizycznej ochrony miejsc przechowywania informacji,
- zabezpieczeniu nośników, szyfrowaniu danych zapisanych w postaci elektronicznej,
- zastosowaniu zabezpieczeń systemów informatycznych.

Natomiast prawne środki ochrony informacji polegać mogą w szczególności na:

- zobowiązaniu pracowników do zachowania w poufności udostępnionych informacji,
- wprowadzeniu klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami,
- zawieraniu umów o zachowaniu w poufności informacji udostępnionych w toku negocjacji,
- oznakowaniu dokumentów, poczty elektronicznej (klauzule o zachowaniu poufności informacji).

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień

publicznych (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

W przedmiotowym postępowaniu wszyscy przystępujący złożyli wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. W ocenie Izby informacje, których ujawnienia żąda odwołujący, mogą mieć charakter uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa lub mogą posiadać wartość gospodarczą. Odwołujący nie wykazał przy tym, iż informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Izba uznała jednak, iż w przypadku wskazanych informacji przystępujący nie udowodnili, iż podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przystępujący złożyli co prawda wyjaśnienia w tym zakresie, jednak wyjaśnienia te nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ żaden z przystępujących nie przedstawił dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień. Należy z całą mocą podkreślić, że jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i – jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie nakazała ujawnienia informacji zawartych w korespondencji pomiędzy zamawiającym a Sputnik dotyczących oceny oferty Sputnik, ponieważ informacje te nie zostały przez zamawiającego wskazane w piśmie z dnia 2 czerwca 2016 roku jako

informacje tajne. Zamawiający wskazał, że w ofercie przystępującego Sputnik tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią następujące dokumenty:

- uzasadnienie dot. zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
- wykaz dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
- zobowiązanie podmiotów trzecich do użyczenia zasobów wraz z dokumentami formalnymi
- informacja z banku,
- zestaw testowy,

zaś w pozostałym zakresie oferta jest jawna.

Tym samym brak było podstaw do nakazania zamawiającemu ujawnienia dokumentów, które zamawiający uznał za jawne. Dokumenty te będą mogły zostać udostępnione wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy P.z.p.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....