

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2014 r. przez **KAMSOFT Spółkę Akcyjną w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 2 w Jastrzębiu-Zdroju**

przy udziale:

- A. wykonawcy **CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Asseco Poland Spółka Akcyjna w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu nr 2 w Jastrzębiu – Zdroju** – ujawnienie informacji zawartych na stronach 56-95, 100-208 oferty przystępującego **CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** oraz informacji znajdujących się na stronach 7-121, 123-131, 137-159, 164-147, 176-184 oferty przystępującego **Asseco Poland Spółka Akcyjna w Rzeszowie**.

2. kosztami postępowania obciążyć **Asseco Poland Spółkę Akcyjną w Rzeszowie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **KAMSOFT Spółkę Akcyjną w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od **Asseco Poland Spółki Akcyjnej w Rzeszowie** na rzecz **KAMSOFT Spółki Akcyjnej w Katowicach** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 w Jastrzębiu Zdroju – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę zintegrowanego systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Jastrzębiu Zdroju.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 28 lipca 2014 roku wykonawca KAMSOFIT Spółka Akcyjna w Katowicach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętej w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia, a polegającej na odmowie udostępnienia Odwołującemu niezasadnie utajnionych części ofert wykonawców COMPUGROUP MEDICAL POLSKA Sp. z o.o. (ul. Do Dysa 9, 20 - 149 Lublin), Asseco Poland S.A. (ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów), które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołującemu odmówiono wglądu do następujących części złożonych ofert:

- a. w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę CGM Sp. z o.o. nie udostępniono do wglądu następujących stron oferty 56 - 95, 100 - 208;
- b. w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę Asseco nie udostępniono do wglądu następujących stron oferty 7-121, 123-131, 137 -159, 164-174, 176 -184.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ również złożył ofertę w tym postępowaniu. Ze złożonych ofert zamawiający dokona wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferty złożone przez ww. wykonawców będą korzystniejsze aniżeli oferta odwołującego, o ile nie zostaną odrzucone lub Wykonawcy nie zostaną wykluczeni z postępowania. Odmowa udostępnienia odwołującemu niezasadnie utajnionych części oferty złożonych przez ww. wykonawców utrudni lub wręcz uniemożliwi odwołującemu weryfikację czynności zamawiającego na etapie wyboru oferty w kontekście zaistnienia ewentualnych przesłanek wykluczenia z postępowania poszczególnych wykonawców bądź też odrzucenia ich ofert. Odmowa udostępnienia niezasadnie utajnionych części ofert utrudni lub wręcz uniemożliwi odwołującemu wniesienie odwołania na czynność wyboru oferty w przypadku niekorzystnego dla odwołującego rozstrzygnięcia. Uwzględnienie odwołania zwiększy szanse odwołującego na uzyskanie ww. zamówienia publicznego - innymi słowy odwołujący będzie znajdował się w korzystniejszej sytuacji.

Odwołujący zarzucił, iż skarżona czynność zamawiającego narusza treść:

> art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 96. ust. 3 ustawy Pzp, albowiem zamawiający powinien odtajnić i udostępnić odwołującemu te części dokumentów przedłożonych w ofertach ww. wykonawców,

- które nie zawierają w ogóle tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- a w przypadku, gdy dany dokument zawiera w części tego dokumentu tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy, to zamawiający zobligowany jest do odtajnienia tego dokumentu w sposób nienaruszający tajemnicy przedsiębiorstwa, a opisany w dalszej części uzasadnienia niniejszego odwołania (odtajnienie dokumentu z zacieniowanymi miejscami w których znajduje się tajemnica przedsiębiorstwa).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu odtajnienia

> dokumentów, które w ogóle nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź

> w przypadku zawierania przez dany dokument tajemnicy przedsiębiorstwa danego Wykonawcy odtajnienie tego dokumentu w taki sposób, aby możliwe było zweryfikowanie tego dokumentu bez jednoczesnego ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w takim dokumencie - np. z jednoczesnym zacieniowaniem miejsc, w których zawarta jest tajemnica przedsiębiorstwa danego wykonawcy.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych jest jawność prowadzonego postępowania, która może ulegać ograniczeniu wyłącznie w nielicznych przypadkach, które powinny być wykładane w sposób ścisły. Wyłomem w zasadzie jawności może być kwestia zastrzeżenia w toku postępowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa danego uczestnika postępowania. Niemniej za całkowicie niedopuszczalną należy uznać praktykę polegającą na wykorzystywaniu instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym uczestnikom postępowania skorzystania ze środków ochrony prawnej oraz zweryfikowania poprawności wyboru dokonanego przez zamawiającego. W orzecznictwie KIO ugruntowany jest pogląd w świetle, którego zastrzeżenie pewnych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zmierzać, jedynie do uniemożliwienia weryfikacji - przez konkurencyjnych wykonawców - poprawności tego, co przedstawia w toku postępowania

wykonawca zastrzegający tę informację (np. wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2793/10).

W ocenie odwołującego postępowanie wykonawców CGM oraz Asseco jednoznacznie ocenić należy jako zmierzające wyłącznie do uniemożliwienia innym wykonawcom możliwości weryfikacji złożonych przez CGM i Asseco ofert. Postępowanie to ma na celu utrudnienie innym wykonawcom (w tym odwołującemu) możliwości skorzystania z środków ochrony prawnej. Tym samym zachowanie takie nie powinno podlegać ochronie.

Odwołujący wniósł o odtajnienie wymienionych w części wstępnej odwołania stron ofert wykonawców CGM oraz Asseco w całości, jeżeli poszczególne dokumenty nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa tych wykonawców bądź częściowo, jeżeli w treści poszczególnych dokumentów zawarta jest tajemnica przedsiębiorstwa tych wykonawców. Możliwość takiego właśnie częściowego odtajnienia dopuszczona została wprost w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej np. w wyroku KIO z dnia 2010-12-06 sygn. KIO 2493/10, KIO 2494/10, KIO 2496/10 cyt.- „Zamawiający powinien odtajnić informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Można uczynić to fragmentarycznie, zakreślając (w taki sposób, by nie ujawniać danych wrażliwych) zakres i wartość kontraktów, jednak zakres nie może być utajniony w części odpowiadającej postawionemu przez Zamawiającego warunkowi. Zamawiający może ograniczyć się do odtajnienia informacji zawartych w referencjach, które uznał za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu.”

Wykonawcy Asseco oraz CGM wśród utajnionych dokumentów zawarli zarówno dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu (np. wykaz wykonanych usług potwierdzających doświadczenie tych wykonawców wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należycie, wykazy osób, jak i szczegóły techniczne oferowanego rozwiązania).

Odwołujący podniósł, że za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane informacje o wykonanych przez danego wykonawcę zamówieniach publicznych, ani też dokumenty potwierdzające wykonanie usług realizowanych w oparciu o umowy zawarte w trybie prawa zamówień publicznych (np. tzw. referencje). Informacje dotyczące zamówień publicznych (w tym informacje o ich wykonaniu) mają charakter informacji publicznej w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Natomiast jednym z kryteriów uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest to, aby informacja miała charakter informacji poufnej. Informacje o wykonanych zamówieniach publicznych oraz dokumenty potwierdzające wykonanie zamówień publicznych nie mogą więc być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji stwierdzić należy, iż w sytuacji, gdy w części niejawniej oferty - któregoś z ww. Wykonawców - znajdują się

informacje o wykonanych zamówieniach publicznych lub dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług realizowanych w ramach zamówień publicznych, to w takim razie informacje takie (poszczególne wiersze tabeli wykazu) oraz takie dokumenty (np. referencje) powinny zostać odtajnione.

Analogiczną argumentację zastosować należy wobec informacji o usługach wykonanych w sektorze zamówień publicznych wraz z dowodami na ich należyte wykonanie przez podmioty trzecie z zasobów, których danych wykonawca korzysta w oparciu o treść art. 26 ust. 2b pzp. Również i w tym wypadku mamy do czynienia z informacją publiczną w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej.

W przypadku referencji pochodzących z tzw. prywatnego sektora zamówień - w przypadku, gdy zawierają one tajemnice przedsiębiorstwa poszczególnych wykonawców - możliwe jest natomiast częściowe odtajnienie tych dokumentów w taki sposób, iż zaciemnione zostaną wyłącznie te zapisy zawarte w tych dokumentach z których wynika tajemnica przedsiębiorstwa danego wykonawcy. Niemniej nie powinny być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, które są powszechnie dostępne lub były, przez danego wykonawcę, ujawniane w innych postępowaniach.

Niedopuszczalne jest całościowe utajnienie wykazu osób, które będą brały udział w wykonaniu zamówienia. Faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy mogą stanowić imiona i nazwiska osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Utajniając personalia tych osób dany wykonawca może bronić się przed tzw. „head hunting’iem”. Niemniej odwołujący powinien mieć możliwość zweryfikowania, czy inni Wykonawcy zadeklarowali dysponowanie wszystkimi wymaganymi w postępowaniu specjalistami, a także czy te osoby spełniają wymagania zawarte w treści SIWZ. W ocenie odwołującego inne informacje, aniżeli „Imię i nazwisko” wynikające z wykazu osób nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do specyfikacji technicznej oferowanych przez CGM oraz Asseco rozwiązań odwołujący podkreślił, że specyfikacja ta nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż wykonawcy ci w swoich ofertach oferują oprogramowanie oraz sprzęt szczegółowo określone przez Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia - np. sprzęt, licencje bazodanowe, czy też systemy informatyczne dla zamawiającego wspomagające prace szpitala, a szczegółowo w SIWZ opisane. Podkreślenia wymaga, iż wszystkie te systemy są systemami standardowo dostępnymi na rynku i nie stanowią specyficznych rozwiązań, które spełniałyby przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności odwołujący powinien mieć możliwość zweryfikowania ilości i rodzaju oferowanego oprogramowania i sprzętu z punktu widzenia jego zgodności z wymaganiami SIWZ. W

żadnym wypadku tajemnicy przedsiębiorstwa Asseco i CGM nie mogą stanowić ulotki informacyjne, foldery, broszury, certyfikaty dotyczące oferowanego rozwiązania (w tym sprzętu i oprogramowania) albowiem producenci posługują się nimi jawnie na rynku.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający oświadczeniem złożonym na posiedzeniu w dniu 8 sierpnia 2014 roku uwzględnił odwołanie w całości.

Przystępujący Asseco Poland SA wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów postępowania. W związku z powyższym faktyczny spór toczył się pomiędzy odwołującym i przystępującym Asseco Poland SA.

Stanowisko przystępującego Asseco Poland SA:

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że odwołujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa część swojej oferty, dlatego też nie ma on legitymacji do podnoszenia zarzutu wobec Asseco. Powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 9 września 2013 roku sygn. akt KIO 2049/13.

Przystępujący wskazał, że kwestia skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty była badana przez zamawiającego. Przystępujący wskazał przyczyny objęcia tajemnicą części oferty. Zawierają one informacje zarówno technologiczne, techniczne, organizacyjne przedsiębiorstwa, jak i inne informacje posiadające wartość gospodarczą.

Podkreślił, że informacje zawarte w tych częściach oferty nie zostały nigdzie uprzednio ujawnione do informacji publicznej, zaś osoby sporządzające ofertę zostały zobowiązane do zachowania poufności tych informacji. Ponadto Asseco stosuje u siebie w przedsiębiorstwie odpowiednie procedury, zapewniające zachowanie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa czy to własną, czy też partnerów, kontrahentów i klientów.

W zakresie wykazu usług wraz z referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie przystępujący podkreślił, że stanowią one unikatowy zbiór danych, przygotowany na potrzeby tego konkretnego postępowania. Są to informacje świadczące o pozycji na rynku Asseco oraz o portfelu klientów. Dane takie mają istotną wartość gospodarczą. Ujawnienie takiego zestawienia dawałoby możliwość przeprowadzenia przez konkurencję analizy udziału przystępującego w rynku oraz pozwalało na uzyskanie nazbyt szerokiej wiedzy na temat potencjału technicznego firmy, możliwości organizacyjnych, stosowanych technologii i skali przedsięwzięć realizowanych przez przystępującego.

W zakresie informacji z banku przystępujący wskazał, że dokument ten zawiera informacje handlowe, tj. mające istotną wartość gospodarczą. Dane w nim zawarte stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość dla Asseco Poland SA. Informacje zawarte w zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumencie nie są jako całość ujawnione do wiadomości publicznej. Są to informacje jako całość nieznane ogółowi, a Asseco podjął stosowne działania w celu zachowania jego poufności. Dostęp do opinii bankowej ma ograniczony krąg pracowników, zobowiązanych do zachowania w poufności i nie zostały one ujawnione podmiotom zewnętrznym. Takie informacje mieszczą się w pojęciu „tajemnicy przedsiębiorstwa”, ponieważ wykonawca ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest nierozpoznawalna. Dostęp do przedmiotowych informacji ma pewne ograniczone koło osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, a pracownicy podmiotu udostępniającego zasoby lub inne osoby, które są zobowiązane do zachowania poufności. Stanowisko to przystępujący poparł wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2010 roku sygn. akt KIO 223/12, KIO 248/12, KIO 261/12.

W zakresie wykazu osób przystępujący wskazał, że skompletował zespół 8 osób, który w najwyższym stopniu spełnia warunki udziału w postępowaniu i zapewnia należyłą realizację zamówienia. Wykaz osób jest indywidualną formą organizacyjną, posiadającą wartość gospodarczą. Wobec faktu, że na rynku poszukiwani są wysokiej klasy specjaliści, niezbędnym jest zabezpieczenie się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Pracownicy Asseco, z racji posiadania wysokich kwalifikacji i doświadczenia, stanowią cenny element potencjału przedsiębiorstwa. Ujawnienie informacji dotyczących tych osób mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której inne, konkurencyjne podmioty podjęłyby działania zmierzające do pozyskania osób wchodzących w skład zespołu Asseco. Przystępujący wyjaśnił, że informacja o składzie zespołu i kwalifikacjach ekspertów wskazanych w ofercie nie została ujawniona do publicznej wiadomości. Przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania tych informacji w poufności. Wyjaśnił, że zobowiązał wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty, jak i samych ekspertów, do zachowania poufności w tym względzie.

Przystępujący powołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 10 stycznia 2013 roku (sygn. akt: KIO 2874/13) oraz z dnia 14 sierpnia 2012 roku (sygn. akt: KIO 1663.12) itp.

Przystępujący wyjaśnił, że obowiązują u niego w przedsiębiorstwie następujące zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa:

- klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi,

- klauzule poufności w umowach handlowych dot. udostępnienia wykonawcy zasobów, obejmujące zarówno kontrahenta, jak i pracowników oraz osoby współpracujące z kontrahentem,

- system zarządzania ISO 900:2008, ISO/IEC 27001:2005, AQAP 2110:2009

Przystępujący powołał wyrok z dnia 24 czerwca 1986 roku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 53/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK oraz wyrok z dnia 19 maja 1994 roku w sprawie C-36/92 SEP przeciwko Komisji, których ETS uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę.

Izba ustaliła, co następuje:

Przystępujący CGM Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty, znajdujące się na stronach: 56 - 95,100 – 208.

Przystępujący Asseco Poland SA zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty znajdujące się na stronach: 7-121,123-131,137 -159,164-174,176 -184.

Zamawiający pismami z dnia 18 lipca 2014 roku zwrócił się do obydwu [przystępujących o wyjaśnienie, czy dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Obydwaj wykonawcy pismami z dnia 21 lipca 2014 roku udzielili wyjaśnień. Wyjaśnienia te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zarzuty odwołania nie dotyczyły ujawnienia informacji zawartych w przedmiotowych pismach.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania nie był zresztą kwestionowany przez zamawiającego ani uczestników postępowania.

Istotą niniejszego postępowania jest ustalenie, czy wykonawcy, których ofert dotyczy odwołanie, dokonali skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

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). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż 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.

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.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu – w celu wyjaśnienia, czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – zwrócił się do przystępujących o złożenie stosownych wyjaśnień. Obydwaj wykonawcy takie wyjaśnienia złożyli.

W ocenie Izby zarówno wyjaśnienia złożone przez przystępujących w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, jak również oświadczenia przystępującego Asseco Poland SA składane wobec Izby na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2014 roku nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Żaden z wykonawców 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 biorących udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby 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.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....