

Sygn. akt: KIO 104/15

WYROK
z dnia 28 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2015 r. przez wykonawcę **BEZPIECZNE.IT sp. z o.o., ul. Poleczki 20A, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Nowy Szpital Wojewódzki sp. z o.o., ul. Igielna 13, 50-117 Wrocław,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BEZPIECZNE.IT sp. z o.o., ul. Poleczki 20A, 02-822 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BEZPIECZNE.IT sp. z o.o., ul. Poleczki 20A, 02-822 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **BEZPIECZNE.IT sp. z o.o., ul. Poleczki 20A, 02-822 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Nowy Szpital Wojewódzki sp. z o.o., ul. Igielna 13, 50-117 Wrocław** kwotę **7 690 zł 68 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt zł sześćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, koszty dojazdu oraz koszty noclegu.

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 **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Nowy Szpital Wojewódzki sp. z o.o., ul. Igielna 13, 50-117 Wrocław, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa wraz z instalacją infrastruktury serwerowo - macierzowej”.

Zamawiający, pismem z dnia 8 stycznia 2015 roku poinformował wykonawcę BEZPIECZNE.IT sp. z o.o. o wynikach przeprowadzonej oceny wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w zakresie objęcia, niektórych dokumentów oferty, zastrzeżeniem „Tajemnica przedsiębiorstwa”.

Dnia 19 stycznia 2015 roku wykonawca BEZPIECZNE.IT sp. z o.o., ul. Poleczki 20A, 02-822 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od niezgodnych z ustawą czynności zamawiającego badania skuteczności zastrzeżenia niektórych informacji zawartych w ofercie odwołującego, jako stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa i zarzucił zamawiającemu, że bezpodstawnie uznał, iż odwołujący nie wykazał, że niżej wymienione zastrzeżone w złożonej przez niego ofercie dokumenty spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), (dalej "u.z.n.k.”):

- 1) Opis parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanego sprzętu (str. 30-36 oferty) sporządzony zgodnie z zamiennym załącznikiem nr 1a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "s.i.w.z.”),
- 2) Wykaz dostaw sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 5 do s.i.w.z. (str. 37 - 38 oferty),
- 3) Dokument pt. "Referencje" (str. 39 oferty),

pomimo, że dokumenty te spełniają wszystkie przesłanki do uznania, iż zawierają informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji i zaniechania zastosowania art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa o znacznej wartości.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania skuteczności zastrzeżenia niektórych informacji zawartych w ofercie odwołującego, jako stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa oraz jej wyniku,

2) uznania, że odwołujący wykazał, że ww. zastrzeżone w złożonej przez odwołującego ofercie dokumenty spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Do postępowania odwoławczego nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie, po którejkolwiek ze stron.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego jest dostawa wraz z instalacją infrastruktury serwerowo - macierzowej.

Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, w której zastrzegł niejawnosć części dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Wśród utajnionych dokumentów znalazły się:

1. Opis parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanego sprzętu (str. 30 - 36 oferty) sporządzony zgodnie z zamiennym załącznikiem nr 1 a do s.i.w.z.,
2. Wykaz dostaw sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 5 do s.i.w.z. (str. 37 - 38 oferty),
3. Dokument pt. "Referencje" (str. 39 oferty),
4. Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (str. 40 - 42 oferty).

Pismem z dnia 19 grudnia 2014 r., zamawiający wezwał odwołującego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. dokumentów zawartych w części niejawnej oferty odwołującego.

W piśmie z dnia 29 grudnia 2014 r. odwołujący udzielił wyjaśnień w sprawie zasadności zastrzeżenia ww. informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 8 stycznia 2015 r. zamawiający zawiadomił o uznaniu, że odwołujący nie wykazał, że ww. dokumenty spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Z decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący i w dniu 19 stycznia 2015 roku wniósł odwołanie. W odwołaniu odwołujący podniósł, iż w zakresie opisu parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanego sprzętu, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, odwołujący podkreślił, że zaistniały wszystkie przesłanki do uznania tego dokumentu za tajemnicę przedsiębiorstwa. Po pierwsze odwołujący wskazał, że opis techniczny stanowi kompletny zestaw informacji na podstawie, których prowadzi on działalność rynkową. Ponadto uzasadniał, iż jest to bardzo cenna wiadomość dla konkurencji o tym z jakimi producentami sprzętu i oprogramowania odwołujący współpracuje przy zachowaniu korzystnych cen, szczególnie ze względu na to, że jego oferta okazała się najkorzystniejsza pod względem cenowym w przedmiotowym przetargu. Argumentacją przedstawioną w wyjaśnieniach był również fakt, iż opis techniczny stanowi szczególną wartość gospodarczą m.in. ze względu na to, że kompletny opis parametrów ma charakter informacji technicznej i technologicznej, która tworzy pełny projekt rozwiązania, jakie oferuje odwołujący. Odwołujący wskazał, że informacje te nie zostały wcześniej podane do publicznej wiadomości oraz, że podjął działania zmierzające do zachowania poufności poprzez odpowiednie oznaczenie danej informacji jako poufnej ofercie.

Odwołujący podniósł, że informacje zawarte w tej części oferty są nieujawnione do wiadomości publicznej, mają charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny, przez co stanowią istotną wartość dla przedsiębiorstwa. Za informację posiadającą wartość gospodarczą w orzecznictwie uważa się informację handlową, która jak definiuje SN *„obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym”* (orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. sygn. I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59). Odwołujący podkreślił, że informacja o oferowanych przez niego urządzeniach nie została wcześniej przekazana do wiadomości publicznej ze względu na podmioty konkurencyjne, które w łatwy sposób mogą powziąć informację o tym, z jakimi producentami sprzętu i oprogramowania odwołujący współpracuje, żeby uzyskać korzystną dla niego cenę. W związku z tym niewątpliwie narażony jest interes gospodarczy odwołującego poprzez ujawnienie jego tajemnicy handlowej. Nieujawnione informacje zawierają dane mogące stanowić podstawę do kalkulacji ceny oferowanej przez odwołującego oraz są źródłem wiedzy o kontrahentach i źródłach jego zaopatrzenia.

Odwołujący podniósł również, że nie można również zgodzić się ze stwierdzeniem zamawiającego, iż przedstawione w opisie wiadomości nie mają charakteru informacji technicznej i technologicznej. Jak wskazuje się w doktrynie *„Informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa to informacje dotyczące zwłaszcza wielkości produkcji lub sprzedaży, zasad finansowania, działalności marketingowej (promocyjnej), pozyskiwania surowców”* (J.E. Nowicki, *Komentarz do art. 8*

ustawy-Prawo zamówień publicznych, w: A. Bazan, J.E. Nowicki. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2014). Tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być natomiast informacje o źródłach zaopatrzenia i zbytu, ponieważ określają one podstawowe działania związane z prowadzeniem danego przedsiębiorstwa, a w określonych sytuacjach upowszechnienie tych danych mogłoby szkodzić interesom przedsiębiorców (zob. postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96, Wokanda 1997, nr 10, s. 55). Ponadto przedmiotem zamówienia nie jest, jak wskazuje zamawiający w zawiadomieniu z 8 stycznia 2015 r., jedynie „dobór urządzeń”, ale dostawa wraz z instalacją infrastruktury serwerowo-macierzowej, które ewidentnie stanowią pełny projekt rozwiązania jakie odwołujący oferuje zamawiającemu.

Zamawiający powołał się również na zasadę jawności umów, wskazując, że opis parametrów technicznych ma stanowić załącznik nr 1 do umowy na realizację przedmiotowego zamówienia. Tajemnica przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zasady jawności umów. Odwołujący zastrzegł wskazane w opisie technicznym informacje, jako tajemnica przedsiębiorstwa w celu ochrony swoich interesów. Zasada dostępu do informacji publicznej nie jest nieograniczona (jawność umów może zostać częściowo wyłączona ze względu na ochronę uzasadnionych interesów, w tym ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa czy ochronę danych osobowych). Zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn. Dz. U. 2014 nr 0 poz. 782 z późn. zm.) tajemnica przedsiębiorcy stanowi podstawę i upoważnienie do odmowy udostępniania informacji publicznej. Zgodnie ze stanowiskiem przedstawianym w piśmiennictwie *„Informacje posiadające charakter tajemnicy przedsiębiorstwa będą objęte ochroną zarówno w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w każdym czasie z uwagi na objęcie informacji klauzulą tajności na podstawie przepisu powszechnie obowiązującego, który nie przewiduje żadnego ograniczenia czasowego ochrony”* (Bendorf-Bundorf Maciej, *„Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jej ograniczenia”*, w: *Finanse Komunalne* 2013/11/39- 51, Teza nr 3). Również Krajowa Izba Odwoławcza stoi na jednolitym stanowisku, że *„Mimo, iż zgodnie z art. 139 ust. 3 p.z.p. umowy są jawne, to jednak ich ujawnianie podlega ograniczeniu, zgodnie z art. 5 ust 2 ustawy z 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2012 r. o sygn. KIO 1002/12; KIO 1006/12; KIO 1008/12; KIO 1018/12).

Istotnie, jak twierdzi zamawiający parametry techniczne standardowego sprzętu są parametrami powszechnie dostępnymi, publikowanymi przez ich producentów w ulotkach, czy też na stronach internetowych, jednakże zamawiający nie zauważył, iż nie to jest esencją uznania opisu technicznego za tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego. W opisie znajdują

się dane pozwalające określić m.in. wykaz sprzętu i licencji zastosowanych do budowy systemu w ramach oferowanego rozwiązania, które może stanowić również podstawę do sposobu kalkulacji ceny przez odwołującego. Informacje te stanowią zbiór, który jest objęty ochroną prawną na podstawie art. 11 ust. 4 u.z.n.p. Podobnie orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 lutego 2007 r. sygn. akt V CSK 444/06 stwierdzając, że *"Tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności."*

Wobec powyższego odwołujący stoi na stanowisku, że załączony do jego oferty dokument pod nazwą „Opis parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanego sprzętu” spełnia wszystkie przesłanki wynikające z art. 11 ust. 4 u.z.n.p. do uznania jego treści za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosnie wykazu dostaw oraz referencji, odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień wskazał, że wyszczególniona w wykazie dostawa została wykonana poza ramami ustawy Prawo zamówień publicznych na rzecz podmiotów prywatnych. Odwołujący podkreślił, że nie jest możliwe uzyskanie informacji w zakresie w jakim zostało to przedstawione w wykazie dostaw z jakiegokolwiek innego źródła poza samym wykonawcą. Nadmienił, że wykaz dostaw stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ określa sektor oraz skalę (wartość) leżących w jego sferze zainteresowań, a które mogą stanowić informację dla podmiotów konkurencyjnych, a co stanowi wartość gospodarczą na rynku usług informatycznych. Uzasadniając ostatnią przesłankę, zaznaczył, że podjął stosowne kroki do zachowania poufności poprzez odpowiednie oznaczenie tychże dokumentów w ofercie. Odwołujący uwydatnił również, iż referencje, które są immanentnie związane z wykazem dostaw, nie są dokumentem powszechnie dostępnym i nie można ich uzyskać w sposób inny, niż za pomocą odpowiedniego wniosku. Stanowią one zatem dokumenty, które mogą zostać udostępnione wybranym podmiotom przez samego odwołującego, który o taki dokument uprzednio wystąpił. Nie zostały one w żaden sposób udostępnione publicznie, a odwołujący podjął kroki w celu zachowania ich w poufności. Są one w sposób szczególny związane z wykazem dostaw, gdyż również mogą być źródłem informacji dla konkurencji, których ujawnienie może narazić odwołującego na negatywne konsekwencje w postaci pogorszenia jego sytuacji gospodarczej w związku z ewentualną utratą danego kontrahenta. Zamawiający z przedstawionych „referencji” wydedukował, że wskazane w wykazie zamówienie zostało udzielone na podstawie zamówienia publicznego, co spowodowało, iż uznał, że referencje oraz związany z nimi wykaz dostaw, nie spełniają

wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.p., a w szczególności przesłanki nie ujawnienia ich do publicznej wiadomości.

Zaakcentowania wymaga, że wspomniane „referencje” miały jedynie za zadanie potwierdzić doświadczenie odwołującego w zakresie dokonanych dostaw wraz z instalacją systemów serwerowo-macierzowych. Podkreślić trzeba, co sam zamawiający zaznaczył w uzasadnieniu pisma z 8 stycznia 2015 r., że podmiot wystawiający referencje realizuje dostawy, usługi i roboty budowlane nie tylko zgodnie z procedurami Pzp, ale również na podstawie ustawy Kodeks cywilny oraz regulaminu wewnętrznego, o czym świadczy informacja zamieszczona na jego stronie internetowej. Uwydatnić dalej należy, że dostawa, o której mowa w referencjach została wykonana na podstawie zawartej pomiędzy stronami umowy, która nie została zawarta w wyniku udzielonego zamówienia publicznego. Była ona zrealizowana poza ramami ustawy Pzp, co podkreślił odwołujący w wyjaśnieniach skierowanych do zamawiającego. Co więcej, odwołujący zaznaczył, że w ramach w/w umowy określił obowiązujące obie strony postanowienie do zachowania w tajemnicy faktu wzajemnej współpracy. Również podmiot, którego zastrzeżone informacje dotyczą nie ujawnia do publicznej wiadomości faktu współpracy z wykonawcą, co zostało zabezpieczone wspomnianą umową (klauzula poufności). Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wprost dopuszcza, że przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa może wykazać podjęcie stosownych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, jak również wskazać, jakie działania zostały przez niego podjęte celem zachowania nienaruszalności tych informacji. Do takich działań można zaliczyć np.: klauzule umowne, zawarte zobowiązania do ochrony informacji stanowiących tajemnicę innych podmiotów, wewnętrzne regulaminy (por. wyrok KIO z dnia 21.06.2012 r., sygn. akt KIO 1195/11). Uwydatnienia wymaga, iż klauzula taka nie mogłaby znaleźć się w umowie, do której zastosowanie miałyby przepisy o zamówieniach publicznych. Konsekwencją tego, iż umowa została zawarta poza przepisami ustawy Pzp, jest fakt, iż nie mogą mieć do niej zastosowanie przepisy Pzp, w szczególności przepis art. 139 ust. 3 ustawy.

Odwołujący w wyjaśnieniach udzielił zamawiającemu informacji, iż dostawa wyszczególniona w wykazie była dokonana poza ramami Pzp na rzecz podmiotu prywatnego. Natomiast stwierdzenie „*w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*” wynikało z omyłki wystawiającego referencje i nie powinny przesądzać o charakterze zawartej z nim umowy. Należy również przy tym zauważyć, że zamówienia są publicznie ogłaszane i informacja o tym, czy dana dostawa była objęta zamówieniem publicznym mogła zostać w każdym czasie zweryfikowana przez zamawiającego tak jak zostało to uczynione w stosunku do rodzaju umów zawieranych przez kontrahenta odwołującego. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca skorzystał

z możliwości nie ujawnienia do publicznej wiadomości powyższych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa tj. fakt współpracy z danym kontrahentem.

Odwołujący podnosi, że współpraca z podmiotem trzecim poprzedzona była długotrwałymi poszukiwaniami oraz staraniami i ma istotny wpływ na sytuację firmy. Ujawnienie nazwy podmiotu trzeciego, z którym współpracuje oferent, wobec nasilonej konkurencji rynkowej mogłoby wiązać się z utratą dotychczasowych kontrahentów oraz pogorszeniem sytuacji gospodarczej oferenta. Wykonawca podnosi, że nawiązanie współpracy z ww. podmiotem ma dla odwołującego charakter strategiczny. Informacja ta ma zatem wartość tak organizacyjną, jak i gospodarczą i nigdy nie została podana do publicznej wiadomości. Wykonawca konsekwentnie w swojej ofercie utajnił wszystkie jej elementy mogące wskazywać dane kontrahenta. Prawo do utajnienia informacji w całości przysługuje odwołującemu, ponieważ nawet gdyby, niektóre z ich elementów nie spełniały przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, ujawnienie tej części informacji będzie stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2011, sygn. akt KIO 1195/11).

Wobec powyższego również „wykaz dostaw” oraz „referencje” musiały zostać objęte ochroną w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Przepisy Pzp wskazując, co może podlegać utajnieniu, odsyłają do przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Przepis ten stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Z kolei przepis art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje delikt nieuczciwej konkurencji w postaci naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z powyższym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest - „przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego *„Aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorcy muszą, ze swojej istoty dotyczyć kwestii, których ujawnienie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość)”* (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego I OSK 2112/13, LEX nr 1456979). Niezaprzeczalnie przedstawione w ofercie odwołującego utajnione dokumenty obejmują swoim zakresem informacje, które stanowią nieocenioną wartość gospodarczą odwołującego. Należy w tym miejscu przywołać stanowisko doktryny, gdzie wskazuje się, że *„Wartość gospodarczą mają informacje, których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym segmencie rynku. Za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać również wszelkie informacje o wykonawcy, które w toku konkurencji mogą zachwiać pozycją wykonawcy w określonym segmencie rynku”* (J.E. Nowicki, Komentarz do art. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych,

w: A. Bazan, J.E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX 2014). Niewątpliwie źródłem takich informacji jest wskazanie kontrahentów, z jakimi na danym rynku odwołujący współpracuje. Stanowią one nie tyle minimalną wartość gospodarczą, co podstawę działalności rynkowej odwołującego.

W części oferty pt.: "Tajemnica przedsiębiorstwa" Odwołujący zawarł informacje, z jakimi przedsiębiorstwami obecnie współpracuje, jakich unikalnych technologii bezpieczeństwa stosuje u klientów końcowych, jaki posiada potencjał techniczny oraz informacje o osobach którymi dysponuje, a także inne ważne informacje stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa niedostępne publicznie a mające duże znaczenie gospodarcze. Odwołujący podniósł, że informacje zawarte w tej części oferty są nieujawnione do wiadomości publicznej, mają charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny, przez co stanowią istotną wartość dla przedsiębiorstwa. Informacje te mają duże znaczenie dla interesów majątkowych odwołującego, a ich ujawnienie może mieć negatywny wpływ na te interesy. Wartość gospodarcza dokumentów jest na tyle ważna, iż w celu uniknięcia uszczerbku na majątku firmy konieczne było ich utajnienie w rozumieniu art. 8 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca informuje również, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji zawartych w części oferty pt.: „Tajemnica przedsiębiorstwa”.

Mając na uwadze powyższe odwołujący zmuszony był do utajnienia w/w dokumentów, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż ujawnienie ich zaburzy konkurencję, wpłynie niekorzystnie na kondycję gospodarczą spółki, będzie naruszeniem zawartych umów oraz stanowić będzie delikt nieuczciwej konkurencji określony w art. 11 ust. 1 u.z.n.p. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zachowanie w tajemnicy informacji zastrzeżonych przez odwołującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa, co w szczególności wiąże się z niedopuszczalnością ujawnienia w/w informacji innym uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz jakimkolwiek osobom trzecim niebędącym uczestnikami przedmiotowego postępowania.

Zamawiający, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, iż wykonawca na wezwanie zamawiającego ma obowiązek wyczerpująco wyjaśnić, dlaczego dane informacje mają zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Późniejsze wyjaśnienia zawarte w odwołaniu mogą, co najwyżej, powielać wcześniejsze fakty, a nie mogą tworzyć nowego stanu faktycznego. To nie zamawiający ma wyręczać wykonawcę i dochodzić samodzielnie czy dana informacja spełnia wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa - tylko wykonawca po wezwaniu ma przedstawić całą wyczerpującą argumentację - w niniejszej sprawie odwołujący w ogóle nie wyjaśnił, dlaczego

poszczególne informacje mają zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Pierwszy z zastrzeżonych przez odwołującego dokumentów to „Opis parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanego sprzętu”, sporządzony zgodnie z zamiennym załącznikiem nr 1a do s.i.w.z. Opis ten będzie stanowił załącznik nr 1 do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podstawowym dokumentem, w którym odwołujący miał wyjaśnić zamawiającemu dlaczego żąda utajnienia poszczególnych dokumentów jest pismo z dnia 29 grudnia 2014 r. W przywołanym piśmie odwołujący w sposób lakoniczny wskazał, że *„załączony do oferty opis parametrów technicznych i funkcjonalnych stanowi kompletny zestaw informacji, na bazie jakich rozwiązań Spółka Bezpieczne.it prowadzi działalność rynkową”*. Odwołujący nie podjął się w żaden sposób wyjaśnienia, dlaczego Opis parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanego sprzętu stanowi informację techniczną i technologiczną. Szczególnie, że ów opis parametrów to są po prostu powszechnie dostępne na rynku produkty znanych producentów sprzętu i oprogramowania komputerowego. Odwołujący jedynie dopasował dostępne na rynku produkty do konkretnych wymagań zamawiającego, który bardzo szczegółowo sprecyzował jakich parametrów oczekuje. Należy podkreślić, że cała architektura systemu i określenie jego funkcjonalności jest dziełem autorskim zamawiającego, a nie odwołującego. Przedmiotem zamówienia nie jest zaprojektowanie systemu, a jedynie dobór urządzeń, które będą realizowały zaprojektowane przez zamawiającego i precyzyjnie opisane w opisie przedmiotu zamówienia funkcjonalności.

W przedmiotowym postępowaniu oferowany sprzęt oraz jego komponenty mają charakter sprzętu standardowego a nie dedykowanego. W tej sytuacji niebudzącym wątpliwości jest fakt, że parametry techniczne standardowego sprzętu są parametrami powszechnie dostępnymi, publikowanymi przez ich producentów w ulotkach oraz na stronach internetowych. Tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są podawane do wiadomości publicznej i nie posiadają w przedmiotowym przypadku wartości gospodarczej, technicznej czy też technologicznej (wyrok KIO z dnia 14.01.2011 sygn. akt. KIO 2817/10).

Niemniej jednak odwołujący nawet nie próbował wykazać, dlaczego w jego opinii Opis parametrów technicznych i funkcjonalnych stanowi informację techniczną i technologiczną, ograniczając się jedynie do lakonicznego stwierdzenia.

Ponadto, co należy podkreślić, informacje o walorze informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa czy inne posiadające wartość gospodarczą powinny być zabezpieczone w celu zachowania ich poufności. Odwołujący w piśmie z dnia 29 grudnia 2014 r. jedynie wskazał, że *„podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności (m.in. poprzez właściwe oznaczenie we*

Wniosku)". Dla uznania spełnienia tego warunku niezbędne jest wykazanie, że wykonawca podjął w stosunku do konkretnych informacji specjalne środki zabezpieczające przed jej ujawnieniem w ogóle, a nie tylko w konkretnym postępowaniu - poprzez umieszczenie oznaczenia na kopercie. Widać, więc wyraźnie, że odwołujący nawet nie wykazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji zawartych w Opisie parametrów technicznych i funkcjonalnych. Odwołujący w żadnym piśmie, ani w wyjaśnieniach z dnia 29 grudnia 2014 r., ani w odwołaniu (co i tak byłoby spóźnione) nie wykazał zamawiającemu, że podjął kroki w celu zachowania poufności informacji o producentach sprzętu i oprogramowania z którymi współpracuje. Brak jest jakiegokolwiek dowodu, który uprawdopodobniłby, chociaż że odwołujący podjął niezbędne działania w celu zachowania w tajemnicy nazw producentów, z których produktów korzysta.

Odnosząc się do zastrzeżenia nieujawniania treści wykazu dostaw oraz referencji zamawiający przytoczył wcześniejszą argumentację. Podobnie w stosunku do tych dokumentów odwołujący w żaden sposób nie wykazał w piśmie z dnia 29 grudnia 2014 r., że powyższe dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do której podjął niezbędne kroki w celu zachowania poufności. Odwołujący nie przywołał żadnego dowodu, żadnej okoliczności faktycznej wskazującej, że faktycznie podejmuje działania mające zapobiec ujawnieniu informacji, że wykonuje usługi na rzecz określonych podmiotów w określonym przedziale cenowym. *Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią bardzo istotną kwestię dla każdego przedsiębiorcy, tym samym podejmuje on szereg czynności i zabezpieczeń, celem ochrony poufności takich informacji* (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1384/14). Takich działań w wyjaśnieniach złożonych przez odwołującego nie wskazano.

Zarówno przepisy jak i aktualne orzecznictwo wprost narzucają zamawiającemu konieczność odtajnienia informacji, jeżeli wykonawca w sposób wyczerpujący nie wyjaśni, że dana informacja spełnia wszystkie przesłanki warunkujące uznanie jej za tajemnicę przedsiębiorstwa. A są to:

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

Zamawiający nie miał podstaw do utajnienia przedmiotowych informacji, a wyjaśnienia odwołującego zawarte w odwołaniu również nie wykazują spełnienia ustawowych przesłanek.

Odwołujący w piśmie z dnia 29 grudnia 2014 r. wskazał, że *„usługi zostały wykonane poza ramami ustawy prawo zamówień publicznych na rzecz podmiotów prywatnych, a tym samym poza reżimem ustawy o dostępie do informacji publicznej”*. Ale jednocześnie

z załączonych referencji, w pierwszym zdaniu podmiot wystawiający referencje wskazał: „*niniejszym potwierdza, że w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarło ze Spółką Bezpieczne.it umowę*”. Warto wskazać, że kontrahent odwołującego na swojej stronie internetowej zamieszcza informację, że udziela zamówień m.in. w oparciu o ustawę PZP.

Odwołujący nawet nie wykazał bez wątpliwości, że przedmiotowe zamówienie faktycznie było udzielone poza ramami ustawy PZP. Jednakże okoliczność, że usługa została wykonana pozaustawowo nie oznacza samo przez się, że stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jak próbuje wykazać odwołujący. *Objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie usługi na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane per se za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie* (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1384/14). Nie zwalnia to więc odwołującego z obowiązku wykazania waloru danej informacji, faktu nieujawnienia do publicznej wiadomości i podjęcia działań w celu zachowania poufności.

Odwołujący, jako uzasadnienie utajnienia tej części oferty wskazał, że te informacje „*przede wszystkim określają sektor, w jakim swe usługi chce realizować i realizuje Wykonawca oraz wskazują skale (wartość) projektów, jakie leżą w sferze jego zainteresowań, a także możliwości klienta. Informacje te mogą być nieocenionym źródłem informacji dla konkurentów wykonawcy, gdyż umożliwiają precyzyjne określenie rynku, zarówno w zakresie przedmiotu jak i wartości usług, na którym działa Wykonawca i na którym stanowi potencjalną konkurencję dla innych podmiotów*”. Na marginesie można jednak nadmienić, że kontrahent w treści wystawionych referencji z dnia 17 grudnia 2013 r. w żadnym miejscu nie zastrzegł, że są one tajne.

Odnosząc się do zarzutu ujawnienia sektora i skali (wartości) projektów, które leżą w sferze zainteresowań odwołującego należy wskazać, że bez trudu w internecie można znaleźć informacje o składanych przez odwołującego ofertach i zawartych umowach.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, dlaczego wykaz dostaw oraz referencje mają stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jaką wartość gospodarczą sobą reprezentują - a w szczególności nie wykazał, iż powziął w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Już te kilka informacji o aktywności odwołującego w przetargach pokazuje, że mogą składać wielomilionowe oferty, dla różnych podmiotów, w tym z sektora energetycznego. Nie są to więc żadne informacje poufne.

Izba zważyła, co następuje.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniałoby go do złożenia odwołania.

Wskazać bowiem należy, że istotną okolicznością determinującą możliwość podnoszenia określonych zarzutów w środkach ochrony prawnej, jest zarówno etap postępowania, jak też sytuacja danego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi bowiem, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Powyższa konstrukcja omawianego przepisu daje więc wyraźną wskazówkę, co do rozumienia interesu podmiotowego wykonawcy korzystającego ze środków ochrony prawnej. Tak więc, aby móc przyznać odwołującemu interes w trybie przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, należy dokonać oceny: czy wykonawca ma lub może mieć realną szansę na uzyskanie danego zamówienia oraz czy poniósł lub może ponieść szkodę przez działanie bądź zaniechanie zamawiającego. Oczywistym jest, że ocena powyższa uzależniona jest od etapu danego postępowania. Biorąc tym samym pod uwagę okoliczności zaistniałe w niniejszym postępowaniu, stwierdzić należało, że odwołujący nie ma interesu we wnoszonym odwołaniu rozumianego, jako możliwość uzyskania danego zamówienia, gdyż zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej i nie jest znana ostateczna w tym względzie ocena. Izba dostrzega jednakże możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Jednakże omawiany przepis nie daje możliwości przyjęcia alternatywy (możliwość uzyskania zamówienia lub możliwość poniesienia szkody), a wręcz nakazuje wykazanie się spełnieniem obydwu przesłanek łącznie, na co wskazuje, użyty przez ustawodawcę spójnik łączący współrzędne części zdania „oraz”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej brak możliwości wykazania się przez odwołującego interesem w uzyskaniu danego zamówienia uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie odwołania, gdyż ocena istnienia interesu wykonawcy, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako przesłanka materialno-prawna ulokowana została przez ustawodawcę

pomiędzy oceną formalną wniesionego odwołania (art. 189 ust. 2 ustawy Pzp), a możliwością materialnego uwzględnienia/oddalenia odwołania (art. 192 ustawy Pzp).

Nawet bowiem, gdyby przyjąć (co w ocenie Izby jest niedopuszczalne), że odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, to na przeszkodzie (w przypadku uznania zasadności zarzutów) uwzględnienia odwołania stoi przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. I w tym zakresie ustawodawca jednolicie wskazuje na okoliczność najistotniejszą we wnoszeniu środków ochrony prawnej, a mianowicie na wynik prowadzonego postępowania. Skoro bowiem wykonawca wnoszący odwołanie, w wyniku dokonanej przez Izbę oceny, nie będzie w sytuacji korzystniejszej, tj. takiej, która w konsekwencji pozwoli mu na uzyskanie danego zamówienia publicznego, to zasadnym jest oddalenie takiego odwołania, bądź wcześniej stwierdzenie braku interesu w trybie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie, Izba wskazuje, że odwołujący nie udowodnił, że zastrzeżone w ofercie informacje, podtrzymane w odwołaniu, zasługują na ochronę i uznanie, że zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, że informacje zastrzeżone w ofercie podlegały szczególnej procedurze w przedsiębiorstwie odwołującego, które to procedury prowadziły, np. do zawężenia grona osób mogących zapoznać się z tymi informacjami, czy też inni wykonawcy (których sprzęt został zaoferowany bądź usługa została wykonana na ich rzecz) nie wyrazili zgody na udostępnienie tych konkretnie zastrzeżonych informacji. W powyższym zakresie Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, uznając je za własne.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego dotyczące wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz kosztów noclegu pełnomocników zamawiającego.

Przewodniczący: