

Sygn. akt: KIO 2465/14

WYROK
z dnia 4 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 grudnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne COMFORT MERIDIAN POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 65/79 i DEVOTEAM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 25** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 3, 5**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Ingrifo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Ursynowska 72 i Sevenet Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Galaktyczna 30a** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2465/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne COMFORT MERIDIAN POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 65/79 i DEVOTEAM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 25** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne COMFORT MERIDIAN POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,**

Al. Jerozolimskie 65/79 i DEVOTEAM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 25 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę licencji wraz z opieką serwisową oraz usługi wsparcia dla Systemu Monitorowania Usług IT w ZUS” prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 września 2014r. nr 2013/S 196-339038.

W dniu 12 listopada 2014r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne COMFORT MERIDIAN POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 65/79 i DEVOTEAM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 25 – zwani dalej odwołującym, złożyli do zamawiającego wniosek o udostępnienie wyjaśnień konsorcjum Ingrifo Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie i Sevenet SA. z siedzibą w Gdańsku dotyczących posiadania przez ww. Konsorcjum uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software. Zamawiający nie odpowiedział na ten wniosek odwołującego.

W dniu 22 listopada 2014r. odwołujący drogą elektroniczną wniósł odwołanie dotyczące zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień konsorcjum Ingrifo Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie i Sevenet SA. z siedzibą w Gdańsku (łącznie zwani „Konsorcjum Ingrifo”) udzielonych w toku Postępowania na wezwanie Zamawiającego, dotyczących posiadania przez ww. Konsorcjum uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software.

Odwołanie zostało podpisane podpisem cyfrowym przez pełnomocnika substytucyjnego działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 listopada 2014r. udzielonego przez M. W. umocowanego do działania w sprawie na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 czerwca 2014r. udzielonego przez dwóch członków zarządu Comfort ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji lidera konsorcjum. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 maja 2014r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu Devoteam SA ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 22 listopada 2014r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2014r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum Ingrifo udzielonych na wezwanie zamawiającego, dotyczących posiadania przez ww. Konsorcjum uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC

Software pomimo, iż w sprawie nie wystąpiły przesłanki do objęcia tych dokumentów zastrzeżeniem dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa,

2. art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 ustawy, 96 ust. 3 ustawy w zw. z § 5 ust 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 roku, Nr 223, poz. 1458) („Rozporządzenie”), przez nieprawidłową ocenę przez zamawiającego informacji zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum Ingrifo udzielonych na wezwanie Zamawiającego, dotyczących posiadania przez ww. Konsorcjum uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software i w konsekwencji niezgodną z prawem odmowę udostępnienia tych informacji odwołującemu.

Wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy ujawnienia treści wyjaśnień Konsorcjum Ingrifo udzielonych na wezwanie zamawiającego, dotyczących posiadania przez ww. Konsorcjum uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że wobec braku obowiązku informowania wykonawców o wynikach weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w ofertach wykonawców (braku obowiązku przesłania informacji o wynikach tej czynności - art. 182 ust. 1 pkt 1-2 ustawy), zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Odwołujący wskazał, że w dniu 12 listopada 2014 roku wystąpił on do zamawiającego o udostępnienie mu do wglądu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień Konsorcjum Ingrifo udzielonych do oferty na wezwanie zamawiającego, dotyczących posiadania przez ww. Konsorcjum uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software. Do dnia 22 listopada 2014 roku odwołujący nie otrzymał od zamawiającego jakiegokolwiek odpowiedzi na ww. wniosek.

W związku z powyższym, termin na wniesienie odwołania, zdaniem odwołującego, należy liczyć od dnia 12 listopada 2014 roku.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy oraz Rozporządzenia. Naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym prawa do wglądu do pełnej treści oferty (a więc także do udzielonych do

niej wyjaśnień) Konsorcjum Ingrifo stanowi uszczerbek w uprawnieniu odwołującego do uzyskania dostępu do dokumentacji postępowania. W tym sensie, odwołujący nie jest w stanie zbadać i poddać pełnej weryfikacji oferty złożonej przez konkurencyjnego- wykonawcę a zatem możliwe jest, że oferta złożona przez Konsorcjum Ingrifo zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, podczas gdy powinna ona zostać odrzucona. Niewątpliwie, w ocenie odwołującego, grozi to także poniesieniem przez niego szkody.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przedstawił tezy orzeczeń KIO dotyczących interesu w uzyskaniu zamówienia przy podnoszeniu zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia dokumentów wykonawców nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa. Przez działanie zamawiającego doszło do faktycznej odmowy udzielenia odwołującemu wglądu do oferty konkurencyjnej i jej wyjaśnień, czym jest on zainteresowany w kontekście możliwości przeprowadzenia maksymalnie szerokiej weryfikacji oceny ofert dokonanej przez zamawiającego. W tej sytuacji jedyną drogą doprowadzenia do zgodności omawianego wycinka postępowania z przepisami ustawy i zasadą przejrzystości wynikającą z europejskiego porządku prawnego, było zdaniem odwołującego wniesienie odwołania. W konsekwencji odwołujący stanął na stanowisku, że niewątpliwie posiada interes do wniesienia tego odwołania, gdyż zaskarżone czynności zamawiającego bezpośrednio oddziałują na sferę jego praw i uzasadnionych interesów gospodarczych.

Zaznaczył, że utajnione przez Konsorcjum Ingrifo wyjaśnienia do oferty obejmują w szczególności informacje rzekomo potwierdzające spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Tym samym brak możliwości oceny wyjaśnień do oferty złożonych przez Konsorcjum Ingrifo może pozbawić odwołującego prawa oceny przyszłych czynności zamawiającego podjętych w odniesieniu do oferty konkurencyjnej, w tym w szczególności w zakresie późniejszego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że kwestia wadliwego zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum Ingrifo była już badana w postępowaniu przez KIO oraz Sąd Okręgowy w Warszawie. Wyrokiem z dnia 22 lipca 2014 roku wydanym w sprawie o sygnaturze akt KIO 1384/14 Izba nakazała odtajnienie w całości wszystkich stron oferty Konsorcjum Ingrifo w postępowaniu, nieskutecznie zastrzeżonych jako zawierające informacje rzekomo stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyrok ten został następnie utrzymany w mocy wyrokiem wydanym w dniu 13 listopada br. przez Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny - Odwoławczy w sprawie o sygnaturze akt V Ca 2953/14. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w ustnym uzasadnieniu wyroku, wszystkie ustalenia poczynione w omawianej sprawie przez KIO znalazły potwierdzenie w postępowaniu sądowym. W szczególności Sąd potwierdził, iż, Konsorcjum Ingrifo nie wykazało, iż zastrzeżone przez nie informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto istotne wątpliwości Sądu wzbudził fakt, iż pomimo wyraźnego, pisemnego stanowiska spółki BMC Software wskazującego na brak uprawnień Konsorcjum Ingrifo do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software, zamawiający nie podjął wystarczających działań zmierzających do jednoznacznego wyjaśnienia tej kwestii z zainteresowanym wykonawcą.

Jako dowody odwołujący powołał:

1. wyrok Izby z dnia 22 lipca 2014 roku wydany w sprawie o sygnaturze akt KIO 1384/14
2. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie V Wydział Cywilny - Odwoławczy w dnia 13 listopada 2014 roku wydany w sprawie o sygnaturze akt V Ca 2953/14

Pomimo zatem prawomocnego uznania przez organy orzekające, iż zastrzeżenie przez Konsorcjum Ingrifo w postępowaniu określonych informacji jako stanowiących rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa było nieskuteczne, w identycznym stanie faktycznym, zamawiający nie zdecydował się na odtajnienie wyjaśnień do oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum Ingrifo dotyczących posiadania przez ww. konsorcjum uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software, pomimo, iż wszelkie ustalenia ww. wyroków mają adekwatne zastosowanie także do tych dokumentów. Stąd konieczne stało się dla odwołującego wniesienie także w tej sprawie odwołania do Izby. Odwołujący wskazał, że zawarta w art. 8 ust. 1 ustawy zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi, przede wszystkim, gwarancję urzeczywistnienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym, każde jej naruszenie przyczynia się do wadliwości prowadzonego postępowania i w efekcie może prowadzić do unieważnienia całego postępowania. Powołał art. 8 ust. 3 ustawy jako wyjątek od zasady jawności. Zacytował treść art. 11 ust. 4 znk. Zdaniem odwołującego, zamawiający jest zobowiązany do tego, aby zbadać czy zastrzeżenie poufności informacji zawarte w ofertach i towarzyszących im dokumentach złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało uczynione w sposób prawidłowy i czy rzeczywiście dany wykonawca podjął środki w celu zachowania jej poufności a także, że informacja ta nie jest publiczna, przy ustaleniu przeciwnym zamawiający winien odtajnić te informacje, nie bacząc na zastrzeżenie dokonane przez wykonawcę. W ocenie odwołującego informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach oferty Konsorcjum Ingrifo nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK. Wniosek taki według odwołującego wynika, przede wszystkim, z tego, że nie zostały w stosunku do zastrzeżonych przez Konsorcjum Ingrifo spełnione wszelkie przesłanki z art. 11 ust. 4 UZNK. A nadto utajnione dokumenty zostały przedłożone w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak trafnie według odwołującego wskazuje się w uzasadnieniu do nowelizacji ustawy (druk 1653), słuszny w swym założeniu przepis art. 8 ust. 3 ustawy jest w praktyce patologicznie

nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Zastrzeżenie informacji zawartych w ofertach stało się, tym samym, sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. W szczególności, odnosi się to do kwestii wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zacytował fragment uzasadnienia wyroku z dnia 22 lipca 2014 roku, KIO 1384/14 i stwierdził, że argumentację KIO można w pełni odnosić także do omawianego zastrzeżenia wyjaśnień oferty Konsorcjum Ingrifo. Odwołujący zauważył także, że wyjaśnienia Konsorcjum Ingrifo w kwestii posiadania uprawnień przyznanych przez producenta oprogramowania BMC Software dotyczą między innymi jednej z nieskutecznie zastrzeżonej części oferty - to jest Formularza Cenowego. Jeśli ta część oferty nie była skutecznie zastrzeżona w świetle wydanych w sprawie wyroków, to, zdaniem odwołującego, również wszelkie dalsze wyjaśnienia z definicji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo odwołujący wskazał, iż pomimo odtajnienia części oferty Konsorcjum Ingrifo na mocy załączonych wyroków nadal nie jest znane źródło oświadczeń Konsorcjum Ingrifo o posiadaniu autoryzacji BMC Software co uniemożliwia jednoznaczną weryfikację oferty ww. Konsorcjum w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 12 czerwca 2014 roku skierował do zamawiającego pismo, do którego załączył oświadczenie pani I. B. upoważnionej do reprezentacji BMC Software Distribution B.V. z siedzibą w Schiphol Rijk (Holandia). Następnie samo BMC Software Distribution B.V. skierowało do zamawiającego pismo z dnia 31 lipca 2014 roku, w którym jako właściciel praw do oprogramowania posiadanego przez zamawiającego, stanowczo zaprzeczyło jakoby udzieliło Konsorcjum Ingrifo lub którejkolwiek spółce do niego należącej jakichkolwiek uprawnień do maintenance (serwisu) tego oprogramowania.

Jako dowód odwołujący powołał pismo BMC Software Distribution B.V z 31 lipca 2014 roku
W ocenie Odwołującego, informacje zawarte w ww. pismach mogą stanowić podstawę do wykluczenia Konsorcjum Ingrifo z postępowania z powodu podania w ofercie tego wykonawcy, a następnie w wyjaśnieniach do oferty, nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Konsorcjum Ingrifo oświadczyło, że w części dotyczącej opieki serwisowej (maintenance) do oprogramowania BMC Software zamierza powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom. Tymczasem zgodnie z powołanym wyżej pismem z dnia 31 lipca 2014 roku oprócz spółek wchodzących w skład jego konsorcjum, żaden inny podmiot w postępowaniu nie wystąpił do producenta

oprogramowania BMC Software o stosowne uprawnienia umożliwiające opiekę serwisową (maintenance) do oprogramowania BMC Software zgodne z wymogiem zamawiającego zawartym w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Biorąc pod uwagę to, że żadna ze spółek wchodzących w skład konsorcjum odwołującego nie zamierza pełnić roli podwykonawcy dla Konsorcjum Ingrifo, ani nie mogłaby jej pełnić, jako że zgodnie z zasadami BMC Software jedynie partnerzy BMC, którzy otrzymali stosowne uprawnienia mogą oferować dany produkt (i dopiero oni mogą dobierać sobie podwykonawców), oświadczenie tego wykonawcy zawarte w jego ofercie nie może być zdaniem odwołującego zgodne ze stanem rzeczywistym. W tym miejscu odwołujący dodatkowo podkreślił, że zgodnie z treścią oświadczenia złożonego przez Konsorcjum Ingrifo, fakt posiadania wymaganych przez zamawiającego uprawnień został wyraźnie potwierdzony na dzień składania ofert w postępowaniu, o czym świadczy użycie formy czasu teraźniejszego „posiadamy”, a nie np. „będziemy posiadać”, co wskazywałoby na potencjalną szansę uzyskania takich uprawnień w przyszłości,

W powyższej sytuacji, zamawiający po otrzymaniu wskazanych pism z 12 czerwca br. i 31 lipca br. co prawda zwrócił się z zapytaniami o wyjaśnienia do Konsorcjum Ingrifo, ale jedyną informacją, jaką uzyskał w tej sprawie odwołujący od zamawiającego, jest lakoniczny komunikat, że Konsorcjum Ingrifo udzieliło wyjaśnień, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W świetle przedstawionych w omawianych pismach okoliczności faktycznych oraz prawnych sprawy nie budzi jakichkolwiek wątpliwości fakt, że informacje złożone w wyjaśnieniach oferty Konsorcjum Ingrifo pozostają w świetle dokonanych ustaleń informacjami niezgodnymi ze stanem faktycznym i mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Zdaniem odwołującego, gdyby Konsorcjum Ingrifo zdecydowało się oświadczyć prawdę, nie mogłoby złożyć oferty na formularzu udostępnionym przez zamawiającego, co w praktyce skutkowałoby niemożliwością złożenia oferty w postępowaniu. Tymczasem, odwołujący uważa, że nie może być lepszego źródła potwierdzenia czy dany podmiot uzyskał niezbędne uprawnienia od producenta oprogramowania, niż właśnie ten konkretny producent.

Stwierdzenie przez zamawiającego, że w zaistniałych w sprawie okolicznościach faktycznych sprawy doszło w istocie do podania nieprawdziwych informacji, powinno doprowadzić do wykluczenia Konsorcjum Ingrifo z postępowania. Z tego też powodu tak ważne dla odwołującego jest ujawnienie omawianych wyjaśnień w tej kluczowej dla postępowania kwestii - zapewni to bowiem jedyną realną możliwość jednoznacznej oceny czy Konsorcjum Ingrifo spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz pełnego skorzystania ze środków ochrony prawnej, które przysługują odwołującemu.

Jako dowód odwołujący powołał pismo odwołującego do zamawiającego z dnia 12 czerwca 2014 roku wraz z oświadczeniem pani I. B. upoważnionej do reprezentacji BMC Software Distribution B.V. z siedzibą w Schiphol Rijk (Holandia)

Wbrew treści wspomnianych powyżej pism, odwołujący uważa, że w treści zastrzeżonych wyjaśnień Konsorcjum Ingrifo potwierdziło, iż posiada uprawnienia do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software i musiało w jakiś sposób ustosunkować się do treści oświadczeń producenta oprogramowania.

W dniu 24 listopada 2014r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania.

W dniu 27 listopada 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Ingrifo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Ursynowska 72 i Sevenet Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Galaktyczna 30a wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż chce chronić swój istotny interes gospodarczy, a odtajnienie pism, których zamawiający nie udostępnił odwołującemu w sposób istotny zagroziłoby tym interesom narażając zgłaszających na szkodę. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa i wiceprezesa Ingrifo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wspólnika spółki komandytowej upoważnionego do reprezentacji, zgodnie z odpisami z KRS dla Ingrifo sp. z o.o. i Ingrifo sp. z o.o. sp.k. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 27 listopada 2014r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. oferty przystępującego, wniosków odwołującego do zamawiającego z dat 12, 14 i 19 listopada 2014r., pisma zamawiającego do przystępującego z dnia 6 listopada 2014r, odpowiedzi przystępującego z dnia 19 listopada 2014r., pisma zamawiającego z dnia 21 listopada 2014r. do wykonawców o odtajnieniu fragmentu oferty przystępującego od str. 69 do 82, pisma zamawiającego do wykonawców z dnia 25 listopada 2014r. o wyniku badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie przystępującego i zakresie odtajnianych wyjaśnień przystępującego.

W ofercie przystępującego formularz ofertowy na str. 4- 8 był jawny, w tym także w zakresie pkt. III.4 i IV.6.

W dniu 3 listopada 2014r. zamawiający poinformował odwołującego, że zwracał się do Konsorcjum Ingrifo o udzielenie wyjaśnień dotyczących posiadania uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software. W odpowiedzi na

wezwanie Konsorcjum Ingrifo złożyło stosowne wyjaśnienia w tym zakresie (które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa). Dodatkowo zamawiający wskazał, że proces badania i oceny ofert nie został jeszcze zakończony.

W dniu 6 listopada 2014r. zamawiający wystąpił do Konsorcjum Ingrifo o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w oparciu o jakie okoliczności faktyczne i prawne Konsorcjum opatrzyło klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa m. in. odpowiedź Konsorcjum Ingrifo z dnia 22 sierpnia 2014r. na pismo zamawiającego z dnia 14 sierpnia 2014r. dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień w związku z pismem BMC.

W dniu 12 listopada 2014r. odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o udostępnienie mu do wglądu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień Konsorcjum Ingrifo udzielonych do oferty na wezwanie zamawiającego, dotyczących posiadania przez ww. Konsorcjum uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software. W dniu 14 listopada 2014r. wniosek ten ponowił wnosząc o odtajnienie w całości wszystkich stron oferty przystępującego, w całości wyjaśnień udzielonych przez przystępującego na wezwania dotyczące posiadania uprawnień do świadczenia serwisu dla BMC Software, udostępnienia wszystkich tych dokumentów do wglądu.

W dniu 19 listopada 2014r. odwołujący wnosił o ujawnienie oferty przystępującego wraz z wszelkimi wyjaśnieniami do tej oferty w terminie do 21 listopada 2014r. , w braku odpowiedzi w tym terminie odwołujący zastrzegł, że uzna, iż zamawiający odmawia odtajnienia przedmiotowej dokumentacji.

W dniu 19 listopada 2014r. Konsorcjum Ingrifo wyjaśniło, że podjęło szereg działań zmierzających do zachowania poufności wszystkich informacji zawartych w pismach, o których mowa w pkt 2) do 8) pisma zamawiającego z dnia 6 listopada 2014 r.

W szczególności treść oferty oraz składanych wyjaśnień, znana jest bardzo ograniczonej grupie osób, a mianowicie: zarządowi Ingrifo sp. z o.o. (komplementariusza Ingrifo sp. z o.o. sp. k.), zarządowi Seyent S.A. i p. J. G. oraz doradcom prawnym Wykonawcy.

Wszystkie ww. osoby zobowiązane są do zachowania poufności ww. informacji, zarówno na mocy przepisów prawa (przykładowo członkowie zarządu ww. osób zobowiązani są do zachowania poufności w związku z wynikającym z przepisów Ksh ich obowiązkiem należytego wykonywania powierzonych im funkcji oraz obowiązkiem dbałości o dobro reprezentowanego przez nich podmiotu; natomiast takowy obowiązek pracowników wynika m.in. z art. 100 Kp; z kolei obowiązek dochowania tajemnicy przez doradców prawnych wynika z przepisów korporacyjnych, np. ustawy o radcach prawnych). Ponadto wszystkie osoby ww. osoby mające dostęp do tych informacji mają zawarte w umowach o pracę lub w odrębnych umowach klauzule poufności, a naruszenie tych obowiązków zagrożone jest karami umownymi jak i roszczeniami odszkodowawczymi.

Ponadto Konsorcjum Ingrifo przechowuje całą dokumentację (w postaci wydruków), w której zawarte są ww. informacje w zabezpieczonych (zarówno elektronicznymi systemami dozoru, jak i tradycyjnym zamkiem) miejscach, do których dostęp mają tylko ww. osoby. Natomiast dokumentacja w formie elektronicznej zapisana jest na szyfrowanych dyskach.

Informacje zawarte w pisma z pkt 2) do 8), nie były dotychczas ujawnione przez Konsorcjum Ingrifo i cały czas nie są publicznie dostępne, a podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie.

Ponadto informacje zawarte w tych pismach (z pkt 2) do 8)), pomimo tego, że zamawiający zgodnie z przywołanymi wyżej wyrokami KIO i SO zobowiązany jest do udostępnienia utajnionych części oferty, nie pokrywają się wprost z informacjami zawartymi w ofercie. Stanowią one bowiem istotne uszczegółowienie informacji zawartych w utajnionych częściach ofertach. Zatem nawet ujawnienie całości oferty Konsorcjum Ingrifo, nie pozbawia informacji zawartych w innych pismach charakteru poufnego, albowiem są to istotnie uszczegółowione informacje.

Ponadto według Konsorcjum Ingrifo szczególnej uwagi wymaga pismo, o którym mowa w pkt 8) (pismo Konsorcjum Ingrifo z dnia 14 sierpnia 2014 r.), którego zastrzeżenie jako zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnione jest agresywnymi działaniami ze strony konkurencji, a także uzasadnionym podejrzeniem, że w niniejszym postępowaniu mogło dojść do tzw. zмовы przetargowej pomiędzy Comfort Meridian Polska Sp. z o.o. a Dęvoteam S.A. (dalej konsorcjum CMP) we współpracy z BMC Software Distribution BV (dalej BMC BV). Niewątpliwie w takiej sytuacji ujawnienie informacji zawartych w tym piśmie zagraża istotnym interesom gospodarczym Konsorcjum Ingrifo, narażając je na skierowane wobec niego działania ze strony konkurencji. Co istotne z okoliczności sprawy wynika, że konsorcjum CMP wraz z BMC BV może podejmować działania zmierzające do tego, aby partner Konsorcjum Ingrifo, który ma wykonywać część usług związanych z utrzymaniem oprogramowania BMC funkcjonującego już u zamawiającego, wycofał się z tej współpracy. Ma to, według Konsorcjum Ingrifo, na celu uniemożliwienie mu pozyskania i wykonania niniejszego zamówienia.

W dniu 25 listopada 2014r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Konsorcjum Ingrifo. W tym samym dniu zamawiający poinformował, że odtajnia ofertę Konsorcjum Ingrifo tj. strony 69 do 85 w zakresie formularza cenowego, wykazu osób oraz wykazu usług wraz z referencjami, oraz korespondencję pomiędzy nim, a Konsorcjum Ingrifo tj. wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 9 czerwca 2014r. oraz odpowiedź z dnia 16 czerwca 2014r. (uzupełnienie pełnomocnictwa i wykazu usług) oraz pismo zamawiającego z dnia 29 lipca 2014r. dotyczące poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty oraz

odpowiedź z dnia 30 lipca 2014r. Pozostałej korespondencji nie odtajnia, gdyż nie obejmuje jej wyrok Sądu okręgowego (sygn. akt V Ca 2953/14), ani wyrok Izby (sygn. akt KIO 1384/14). W ocenie zamawiającego Konsorcjum Ingrifo w sposób dostateczny uzasadniło objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy skutkujące odrzuceniem odwołania Izba postanawia oddalić wniosek o odrzucenie odwołania wskazując, że zgodnie z art. 185 ust. 7 przepisy Kpc o sędzie polubownym stosuje się odpowiednio ale wyłącznie w sytuacji jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Art. 189 ust. 2 zawiera zamknięty katalog podstaw dla których Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie. Żadna z tych przesłanek w niniejszej sprawie nie zaistniała. Art. 189 ust. 2 pkt 3 dot. bowiem wyłącznie takiej sytuacji kiedy odwołanie zostaje wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Z tego względu Izba uznała, że odwołanie należy skierować na rozprawę.

Izba uznała, że przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia u odwołującego wystąpiła. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy stanowi bowiem zarówno o interesie istniejącym w danym momencie, ale także o interesie, który już odpadł w chwili wnoszenia odwołania. Niewątpliwie odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu i do momentu ostatecznego wyboru oferty najkorzystniejszej ma szansę na uzyskanie zamówienia. W dacie wnoszenia odwołania wybór oferty najkorzystniejszej jeszcze nie nastąpił, ale również zamawiający nie zakończył badania i oceny ofert. W dniu 22 listopada 2014r. odwołujący zatem miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Natomiast w ocenie Izby druga z przesłanek materialnoprawnych przez odwołującego nie została wykazana. Art. 179 ust. 1 ustawy stanowi bowiem o koniunkcji interesu w uzyskaniu zamówienia z poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody. Przy czym ustawodawca zdecydował, że nie ma być to dowolny uszczerbek w sferze materialnej wykonawcy, ale tylko taki który daje się połączyć w adekwatny związek przyczynowo-skutkowy z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Ten właśnie związek przyczynowo-skutkowy z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy w niniejszej sprawie nie zaistniał. Aby bowiem go ustalić, w pierwszej kolejności należy odpowiedzieć na pytanie, jak zamawiający może naruszyć przepisy ustawy. Na to pytanie odpowiada wprost art. 180 ust. 1 ustawy. Norma ta stanowi, że zamawiający narusza ustawę przez czynność z nią niezgodną, albo

przez zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem to czynność lub zaniechanie zamawiającego przyczynę, której skutkiem jest w pierwszej kolejności naruszenie ustawy, a w drugiej szkoda, która występuje lub może wystąpić w majątku wykonawcy. Tym samym, aby mogło dojść do szkody uprawniającej wykonawcę do wniesienia odwołania w pierwszej kolejności należy stwierdzić istnienie czynności sprzecznej z ustawą lub zaniechania zamawiającego czynności, którą ustawa mu nakazywała. Słusznie zamawiający przytoczył w odpowiedzi na odwołanie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2012r. sygn. akt KIO 2597/12, którego wywody prawne Izba popiera w całości i uznaje za własne, albowiem z uwagi na to, że nie istnieje inny ustawowy termin, do którego zamawiający jest zobowiązany dać wyraz zakończeniu czynności badania ofert, w tym pod kątem zgodności z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 8 ust. 3 ustawy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa niż termin informacji o wyniku postępowania (art. 92 ust. 1 ustawy), nie można przyjąć, że zamawiający popada w zaniechanie w badaniu skuteczności zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa przed upływem tego terminu. Brak jest zakazu prawnego dla ujawnienia informacji związanej z wynikiem badania ofert pod kątem skuteczności zastrzeżonych tajemnic przedsiębiorstwa przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Zatem zamawiający może poinformować o swoim stanowisku co do zasadności zastrzeżenia tajemnicy wcześniej, i wówczas w przypadku odmowy odtajnienia dokumentów, wykonawcy będzie służyć skuteczny środek prawny na czynność zamawiającego polegającą na odmowie odtajnienia. Nie oznacza to jednak zdaniem Izby, że wykonawca może skutecznie skarżyć zaniechanie (bezczynność) zamawiającego w sytuacji, kiedy zamawiający jest uprawniony do badania ofert, aż do momentu, w którym informuje o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zatem w niniejszej sprawie brak substratu zaskarżenia w postaci zaistnienia zaniechania, skutkowało koniecznością przyjęcia, że odwołujący nie wykazał możliwości poniesienia szkody.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 179 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania.

Przewodniczący