

UZASADNIENIE

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

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), (...) S.A. wnieśli odwołanie dotyczące czynności Zamawiającego z dnia 1 lipca 2014 roku dotyczącej uznania, iż część oferty złożonej w Postępowaniu przez konsorcjum spółek w składzie (...) Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w (...) S.A. z siedzibą w G. (dalej zwani Konsorcjum (...)) została prawidłowo zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji odmowy odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu ww. części ofert Konsorcjum (...). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia części oferty złożonej przez Konsorcjum (...), tj. od strony 69 do strony 85, zawierającej wykaz usług, wykaz osób oraz formularz pomimo, że w sprawie nie wystąpiły przesłanki do objęcia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 PZP, 96 ust. 3 PZP, w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 roku, Nr 223, poz. 1458) („Rozporządzenie”), poprzez nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego informacji zawartych od strony 69 do strony 85 w ofercie Konsorcjum (...) jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji niezgodną z prawem odmowę udostępnienia tych informacji Odwołującemu.

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

Wyrokiem z dnia 22 lipca 2014 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO (...), Krajowa Izba Odwoławcza: 1) uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu odtajnienie części oferty Wykonawcy konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o. Sp. k, (...) S.A. od strony 69-85 (tj. wykazu wykonanych usług, referencji, wykazu osób, formularza cenowego); 2.) kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. (...), (...)-(...) W. i: 2.1.) zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o., (...) S.A., Al. (...), (...)-(...) W. tytułem wpisu od odwołania; 2.2. zasądziła od Zamawiającego - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. (...), (...)-(...) W. na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o., (...) S.A., Al. (...), (...)-(...) W. kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Powyższy wyrok zapadł w oparciu o następują ustalenia faktyczne i rozważania prawne Krajowej Izby Odwoławczej:

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w dniu 22 maja 2014 roku Odwołującemu udostępniona została jedynie część oferty Konsorcjum (...), za wyjątkiem części zastrzeżonej przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jak wskazał Odwołujący, z udostępnionej części oferty złożonej przez Konsorcjum (...) wynikało, że wykonawca ten utajnił część swojej oferty tj. od strony 69 do 85 w zakresie wykazu usług, wykazu osób oraz formularza. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu do wglądu zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty Konsorcjum (...). 1 lipca 2014 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, iż w jego ocenie Konsorcjum (...) w sposób dostateczny uzasadniło objęcie przedmiotowych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

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

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

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

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

Odwołujący nie zgodził się także z zastrzeżeniem przez Konsorcjum (...) dokumentu, który został oznaczony w spisie treści oferty jako „formularz”. Odwołujący domniemywał, że dokument ten stanowi wymagany przez Zamawiającego formularz cenowy, który został udostępniony przez Zamawiającego w SIWZ. Dokument ten został opracowany na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem nie może być on uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zwrócił uwagę, że formularz ten miał zostać opracowany na podstawie załącznika do SIWZ, a zatem w przeważającej części został on stworzony przez Zamawiającego. Podkreślił, że okoliczność, że pewne jego elementy wymagały wypełnienia przez wykonawcę poprzez podanie szczegółowych specyfikacji zaoferowanych licencji czy ich cen jednostkowych nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania jego twórczego, koncepcyjnego charakteru, który w pewnych sytuacjach uzasadniałby ewentualne utajnienie.

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

Izba ustaliła, że w dniu 30 maja 2014 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu informację, z której wynikało, że nie zakończył on jeszcze procesu badania skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie Konsorcjum (...) jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym samym piśmie, Zamawiający poinformował Odwołującego, że zwrócił się do Konsorcjum (...) o udzielenie informacji, w oparciu o jakie okoliczności faktyczne i prawne Konsorcjum (...) zastrzegło część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z treścią tego pisma, Zamawiający wyznaczył Konsorcjum (...) termin na przedstawienie wyjaśnień w powyższym zakresie do dnia 3 czerwca 2014 roku. Następnie w dniu 1 lipca 2014 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, iż Konsorcjum (...) przedstawiło wyjaśnienia w powyższym zakresie, a także wskazało, że w jego ocenie Konsorcjum (...) w sposób dostateczny uzasadniło objęcie przedmiotowych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający przyznał, że informacja ta stanowiła decyzję Zamawiającego o odmowie odtajnienia omawianych informacji dotyczących Konsorcjum (...). Zamawiający uznał, że strony 69-85 oferty tego Wykonawcy zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

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

KIO nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

W ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

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

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

Zasadą postępowania, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość wyłączenia jawności postępowania i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, przewidzianych w ustawie. Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 UZNK.

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

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którą przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wszystkie te przesłanki muszą być spełnione łącznie.

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

rozwoju (...)). Wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia co do zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów. W pierwszej kolejności zauważono, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów były ogólnikowe. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią bardzo istotną kwestię dla każdego przedsiębiorcy, tym samym podejmuje on szereg czynności i szereg zabezpieczeń, celem ochrony poufności takich informacji. Takich działań w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o. Sp. k, (...) S.A. nie wskazano. Przedstawiono za to wyjaśnienie, czym jest tajemnica przedsiębiorstwa w świetle obowiązujących przepisów. Nadto przedmiotowe wyjaśnienia bogato ozdobiono cytatami z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Jakkolwiek bogaty jest dorobek orzecznicy Izby w tematyce zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie mógł być on uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w konkretnym przypadku. Wraz z wyjaśnieniami nie przedstawiono Zamawiającemu żadnych dodatkowych dokumentów, w tym także jakichkolwiek umów. Nie przedstawiono żadnych dowodów, które mogłyby uzasadniać zastrzeżenie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. A jak wspomniano powyżej, w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte są określone działania i czynności podejmowane w celu jej ochrony, co oznacza, że jeżeli istotnie działania takie zostały podjęte, to powinny istnieć materialne dowody ich podjęcia. Tym samym, za nieprawidłowe uznać należy działanie Zamawiającego, który uznał za uzasadnione utajnienie dokumentów stanowiących część oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o. Sp. k, (...) S.A. Uznając prawidłowość działań Wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o. Sp. k, (...) S.A., Zamawiający oparł się jedynie na ogólnych i niedowiedzionych twierdzeniach tego wykonawcy.

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

Izba podkreśliła, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczyło wykazu zrealizowanych dostaw, a konkretnie podmiotów, na rzecz których Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o. Sp. k, (...) S.A. świadczyli usługi. Objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie usług na rzecz podmiotów prywatnych nie mogło być uznane per se za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie.

Podstawa zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie została w tym zakresie wykazana. Okoliczność, że dane podmioty zawarły umowę, w ocenie Izby nie stanowiła żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawione dopiero podczas rozprawy umowy, również nie uzasadniały skuteczności zastrzeżenia wykazu zrealizowanych dostaw jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Nadto Izba wskazała, że w przedmiotowym wykazie poza podmiotami, z którymi zawarto umowę, wskazano także zakres zamówienia. Co istotne, zakres ten odpowiadał treści opisu warunku udziału określonego w SIWZ, a postanowienia SIWZ przepisane do treści wykazu nie można było uznać aby w jakikolwiek sposób uzasadniały dokonanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym bardziej nie stanowiło to żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet, gdy wskazano, że jest to rozwiązanie równoważne do tego, którego potwierdzenia oczekiwał Zamawiający. W wykazie wskazano także nazwy producentów oprogramowania. W ocenie Izby nie można było uznać, że ogólna nazwa

producenta oprogramowania stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba wskazała, że nazwy ogólne oprogramowań znajdowały się także w treści referencji potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Adresatami referencji był zaś nieograniczony krąg podmiotów. Referencje są bowiem ze swej istoty wystawiane z przeznaczeniem dla nieokreślonej liczby podmiotów, które są zainteresowane ich treścią. Izba podkreśliła, że gdyby Bank wystawiający referencje nie był zainteresowany ujawnieniem określonych informacji podawanych w treści referencji (w tym zastosowanym i funkcjonującym u niego oprogramowaniem), wówczas nie wystawiałby referencji określonej treści lub też w treści tych referencji zastrzegłby, że nie mogą być one nikomu udostępnione. Gdyby Bank rzeczywiście zainteresowany był nieujawnianiem okoliczności zawarcia pomiędzy nim a Wykonawcami wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o. Sp. k, (...) S.A. umowy, nie wystawiałby referencji, bo z natury rzeczy są one skierowane do podmiotów trzecich, a nie tylko dla Banku i tego Wykonawcy. Tym samym, skoro nazwy wystawców referencji oraz nazwy oprogramowań znalazły się w treści referencji, w których nie zastrzeżono, że nie mogą być ujawniane, to również nie było podstaw do utajnienia informacji w zakresie oprogramowania, które w skróconej formie pojawiło się w wykazie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Żadna umowa pomiędzy stronami nie może zmienić tej zasady.

Izba podniosła, że umowa o udzielenie zamówienia zawarta pomiędzy Zamawiającym a wybranym wykonawcą była jawna. Do umowy zostaną wpisane, zgodnie z jej § 8, dane z formularza cenowego, w tym za: wykonanie usługi serwisowej w zakresie Obsługi parametryzacji, za wykonanie Opracowania dokumentacji związanej ze środowiskiem (...), za wykonanie Aktualizacji dokumentacji związanej ze środowiskiem (...), za wykonanie usługi dodatkowej w zakresie Transferu wiedzy - warsztaty, instruktaże. Tym samym dane zawarte na stronie 85 oferty Wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o. Sp. k, (...) S.A., tj. wyszczególnienie ww. usług oraz cena za ich realizację znajdowały się w treści umowy. Co więcej, Przystępujący nie wykazał istnienia żadnej okoliczności, która miałaby potwierdzić, że takie dane stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wskazał, jakie działania podjął w celu utajnienia tych informacji, ani nie wykazał szkody, jaka miałaby powstać po ujawnieniu tych informacji. Nie wykazał więc zatem spełnienia podstawowych przesłanek ustawowych, które umożliwiały dokonanie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym bardziej nie można było mówić o poniesieniu przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o. Sp. k, (...) S.A. szkody, skoro te informacje staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym.

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

Izba ustaliła, że zgodnie z § 8 ust. 6 wzoru umowy stanowiącym załącznik do SIWZ, „szczegółową specyfikację cenową za poszczególne pozycje z przedmiotu Umowy określa formularz cenowy (zgodnie z wybraną ofertą) stanowiący Załącznik nr 7 do Umowy.” Zauważono zatem, że również formularz cenowy, jako załącznik do umowy, będzie jawny. W ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał zaistnienia przesłanek ustawowych określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie dokonanego przez niego zastrzeżenia treści formularza cenowego jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Istotną kwestią w sprawie był fakt, że w treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, dotyczących przyczyn zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący nie wskazał konkretnej umowy oraz nie powołał się na konkretne postanowienie umowy o zachowaniu poufności informacji, zawartej przez Przystępującego z (...) sp. z o.o. i przedstawionej w trakcie rozprawy jako dowód w sprawie. W treści wyjaśnień Przystępujący nie wskazał ani daty zawarcia umowy, ani nie powołał faktu jej zawarcia dla potrzeb określonego postępowania. W treści wyjaśnień Przystępujący powoływał się jedynie ogólnie na „zapisy umów”, nie zaś na

konkretną zawartą umowę i na konkretne postanowienia takiej umowy, które obligowały go do utajnienia określonych informacji. Treści umowy Przystępujący również nie przedstawił Zamawiającemu, składając wyjaśnienia dotyczące przyczyn utajnienia informacji. Nadto Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia na podstawie tej umowy, że nie było możliwe ujawnienie informacji w zakresie zaoferowanych licencji. Z treści umowy wynikało, że listy cenowe były uznawane za informacje poufne. Wskazano jednak, że w formularzu cenowym podano ceny obowiązujące w postępowaniu (ceny, za jakie Przystępujący oferował oprogramowanie Zamawiającemu), nie zaś listy cenowe, jakie obowiązywały strony umowy na podstawie samej umowy. Rozliczenie pomiędzy Przystępującym a (...) sp. z o.o. było czymś innym niż treść oferty złożonej w postępowaniu. Zamawiający, jak również inne podmioty nie będą miały wiedzy, za jaką cenę Przystępujący nabył produkt, który następnie zaoferował Zamawiającemu, gdyż Zamawiający nie będzie otrzymywał faktur ani innych dokumentów, na podstawie których Przystępujący nabywać będzie licencje od (...) sp. z o.o. Zamawiającemu ani innym podmiotom nie były znane sposoby rozliczenia pomiędzy stronami tej umowy, w tym listy cenowe, ceny po jakich Przystępujący nabywa licencje od (...) sp. z o.o., a tym samym ceny, podane przez Przystępującego w formularzu cenowym, nie stanowiły żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Nadto w treści wyjaśnień Przystępujący oświadczył, że „oferuje rozwiązanie stworzone w oparciu o szczególne know-how.” Jednakże Przystępujący nie określił, czego to know-how miało dotyczyć i na czym ono polegało. W szczególności Przystępujący nie wykazał, że lista oprogramowania stanowiła jego know-how.

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, bezskutecznie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa referencje znajdujące się na stronie 73-75 oferty Przystępującego. Referencje są dokumentem, w którym podmiot wystawiający oświadcza wobec nieograniczonej i nieoznaczonej liczby podmiotów, że określony podmiot (wykonawca) należycie wykonał określone zadanie. W treści przedmiotowych referencji Przystępującego nigdzie nie zostało wskazane, że ich treść miała charakter poufny i nie mogły być one okazywane podmiotom trzecim. Brak było zastrzeżenia poufności w treści tych referencji lub zastrzeżenia, że ich okazaniem podmiotom trzecim każdorazowo wymagało zgody podmiotów wystawiających referencje. Co więcej, w treści tych dokumentów znajdowały się jedynie informacje na temat podmiotu wystawiającego referencje, zadania, jakie zostało wykonane i ogólne nazwy producentów oprogramowania. Dokumenty referencji potwierdzają należyte wykonanie zadania. Zawierają ocenę sposobu wykonania zadania. Nie sposób było więc uznać, aby tego rodzaju informacje, jakie znalazły się w referencjach przedstawionych przez Przystępującego, miały charakter poufny lub mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego.

Podobnie, nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa dokumenty stanowiące wykaz osób, które będą realizowały zamówienie, przedstawiony na stronach 76-82 oferty Przystępującego. Izba podniosła, że w treści wyjaśnień, jakie Przystępujący przedstawił Zamawiającemu nie wskazano, jakie czynności podjął, aby zachować poufność informacji, a była to podstawowa przesłanka do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponownie, poza ogólnymi sformułowaniami w treści wyjaśnień, brak było jakichkolwiek dowodów na okoliczność zawarcia umów z poszczególnymi pracownikami. Stwierdzenie Przystępującego o „podkupowaniu pracowników”, również nie zostało w żaden sposób wykazane. Także w odniesieniu do wykazu osób, które realizowały będą zamówienie, nie została wykazana żadna z przesłanek, o których mowa w art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tylko łączne spełnienie przesłanek, o których mowa w tym przepisie, pozwalało na uznanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

To na wykonawcy ciążyło wykazanie, że określona informacja miała charakter poufny. W sytuacji, gdy rzeczywiście dana informacja miała charakter poufny, wykonawca powinien okoliczność tę wykazać w taki sposób, aby poufność tej informacji nie budziła niczyjej wątpliwości. Wykonawca powinien więc udowodnić, że informacja miała charakter poufny i że wykonawca strzeże poufności tej informacji. Okoliczności tych nie można było się domyślać, ani domniemywać, lecz powinny one zostać udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania. Brak było podstaw do uznania poufności informacji, których poufności wykonawca próbowała wykazać ogólnikowymi stwierdzeniami i sloganami. Fakt, że dane poszczególnych osób nie zostały wskazane na stronie internetowej nie oznaczał, że dane te były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Należało udowodnić podjęcie działań i wskazać konkretne dowody podjęcia przez Wykonawcę działań w celu utajnienia informacji. W sprawie Przystępujący nie spełnił tych wymogów.

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

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

Skargę od powyższego wyroku wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum (...) Sp. z o.o. Sp.k., (...) S.A., zaskarżając przedmiotowe rozstrzygnięcie w całości, zarzucając Izbie: 1.) naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 96 ust. 3 powołanej ustawy poprzez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie; 2.) naruszenie art. 190 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego; 3.) naruszenia art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. art. 6 k.c., poprzez przyjęcie, iż Skarżący nie udowodnił, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, 4.) sprzeczność istotnych ustaleń dokonanych przez KIO z treścią zebranego w sprawie materiału.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania, zasądzenie kosztów postępowania.

W odpowiedzi na powyższą skargę uczestnik konsorcjum spółek w składzie (...) Sp. z o.o. i (...) S.A., wniósł o oddalenie w całości skargi oraz o zasądzenie na rzecz uczestnika kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych wniósł o uwzględnienie skargi, uchylenie zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oraz oddalenie odwołania wniesionego przez Odwołującego – Konsorcjum firm: (...) sp. z o.o. w W. oraz (...) S.A. w W.. Nadto zamawiający wniósł o obciążenie odwołującego kosztami postępowania sądowego oraz postępowania przed KIO, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej podlegała oddaleniu wobec niezasadności zarzutów w niej podniesionych

Sąd Okręgowy przyjął za własne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia faktyczne stwierdzając, że znajdują umocowanie w prawidłowo ocenionym materiale dowodowym, jak również podzielił w całej rozciągłości wnioski Izby meriti, jako wywiedzione z tych ustaleń w sposób logiczny, przy prawidłowym uwzględnieniu porządku prawnego.

W świetle oświadczenia skierowanego przez firmę (...) do zamawiającego, do skarżącego, a także do odwołującego w przedmiocie, iż skarżący nie posiada autoryzacji autora oświadczeń do świadczenia serwisu, a także w świetle rozważań

Krajowej Izby Odwoławczej znajdujących oparcie zarówno w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, załącznikach, a także przepisów prawa, nie sposób jest uznać za zasadne ferowanych w skardze błędów. Takowe nie miały miejsca, albowiem zgodnie z regułą rozkładu ciężaru dowodu, Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo wywiodła obowiązek zainteresowanego wynikiem na jego rzecz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zasadnie oceniając, że skarżący w toku postępowania nie udowodnił aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje w istocie stanowiły przedmiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro bowiem z tej istotnej dla skarżącego okoliczności wywodził on korzystne skutki prawne, był więc zobligowany mocą art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 6 k.c. do wykazania tych okoliczności, czego zaniechał. Zatem zarzuty skargi naruszenia art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 6 k.c. oraz sprzeczności istotnych ustaleń Sąd Okręgowy uznał za niezasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza w szczegółowym uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia odniosła swe rozważania do poszczególnych elementów utajnionej części oferty złożonej przez skarżącego, zasadnie wywodząc, że nie było podstaw do utajnienia tej oferty w zakresie informacji zawartych na stronach od 69 do 85, albowiem dane te nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa. W świetle powyższych rozważań nie sposób było uznać, że doszło w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą do naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszak nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy w stanie faktycznym sprawy skarżący nie wykazał, iż istnieją podstawy dla utajnienia części jego oferty, co zasadnie oceniła i wywiodła Krajowa Izba Odwoławcza.

Skoro zatem Zamawiający odmówił odwołującemu Konsorcjum udostępnienia utajnionej przez skarżącego części oferty, następstwem zasadnie stwierdzonej przez Izbę bezzasadności tego zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawnienia zastrzeżonych informacji.

Powołując powyższe rozważania, Sąd Okręgowy zważył, iż wbrew zarzutowi naruszenia zasady obligującej Krajową Izbę Odwoławczą do oceny wiarygodności i mocy dowodów według własnego przekonania ale na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego sprawy, nie doszło do naruszenia art. 190 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w powiązaniu z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Krajowa Izba Odwoławcza. Poczyniła bowiem szczegółowe rozważania oparte o wszechstronnie ocenionym materiale dowodowym sprawy w szczególności mające na względzie przedmiot zamówienia, wymagania Zamawiającego, brak podstaw dla zastrzeżenia jawności części oferty Skarżącego, a także zaniechanie dowodowe tej strony postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza w poczynionych rozważaniach, zawarła kryteria pozwalające Sądowi Okręgowemu sprawdzenie prawidłowości dokonanej oceny, nie budzącej wątpliwości składu orzekającego. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza dokonując oceny materiału dowodowego, wyprowadziła wnioski logicznie uzasadnione, nie stwierdzono więc podstaw dla ich kwestionowania.

Zasadnie również zważyła Krajowa Izba Odwoławcza, iż dla spełnienia wymogu przesłanek statuujących tajemnicę przedsiębiorstwa i konsekwencji z tego wynikających w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konieczne jest spełnienie łącznie wszystkich przesłanek zawarowanych przez ustawodawcę w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji., czemu Skarżący nie podolał. W istocie bowiem, jak zasadnie zważyła Krajowa Izba Odwoławcza, Skarżący nie wykazał, że informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty, należą li tylko do tego podmiotu, a ich przekazanie, ujawnienie, wykorzystanie, zagraża lub narusza jego interes, ani też aby Skarżący podjął działanie w celu zachowania poufności informacji zawartych w części tej oferty. Zatem w ocenie Sądu Okręgowego nie doszło w sprawie do naruszenia art. 190 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku, na podstawie art. 385 k.p.c., orzekając o kosztach postępowania skargowego według zasady z art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c., zgodnie z którą strona przegrywająca zobowiązana jest do zwrotu kosztów przeciwnikowi. Zasądzoną kwotą stanowi 1.200 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Konsorcjum na podstawie § 10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez

Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. Natomiast w punkcie 2 wyroku nie uwzględniono wniosku Zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o zasądzenia od Odwołującego na jego rzecz kosztów postępowań przed KIO oraz sądem albowiem Konsorcjum jest stroną wygrywającą oba te postępowania.