Sygn. akt: KIO 2198/17

WYROK
z dnia 7 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: **Przewodniczący: Jan Kuzawiński**
Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk - Mazuś

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **Xentivo Sp. z o.o., ul. Bakalarska 34, 02-212 Warszawa, Damovo Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa,**
przy udziale wykonawcy **CGI Information Systems and Management Consultants (Polska) Sp. z o.o., Saski Crescent, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **Xentivo Sp. z o.o., ul. Bakalarska 34, 02-212 Warszawa, Damovo Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **Xentivo Sp. z o.o., ul. Bakalarska 34, 02-212 Warszawa, Damovo Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1579) 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: ……..
……..
……..

Sygn. akt KIO 2198/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Utrzymanie i rozwój systemu Miejskie Centrum Kontaktu - Warszawa 19115”.*

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte w dniu 21.07.2017 r. przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 138 - 283339 – a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 28.08.2017 r. Wykonawca CGI Polska złożył ofertę w postępowaniu, dołączając do oferty oświadczenie z dnia 25.08.2017 r. o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa CGI (dalej Zastrzeżenie). Zastrzeżeniem zostały objęte strony 16 i 17 oferty tj. część IV: Kryteria kwalifikacji lit. C Zdolność techniczna i zawodowa JEDZ oraz strona 37 tj. część IV: Kryteria kwalifikacji lit. C Zdolność techniczna i zawodowa JEDZ.

Zamawiający pismem z dnia 10.10.2017 r. poinformował Odwołującego, iż nie wyraża zgody na odtajnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę CGI Information Systems and Management Consultants (Polska) Sp. z o.o., ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa (dalej jako Przystępujący lub CGI Polska). Odwołujący wnioski o odtajnienie ww. dokumentów kierował do Zamawiającego w pismach z dni: 01.09.2017 r., 04.09.2017 r. i 01.10.2017 r. Zamawiający poinformował, że podjął powyższą decyzję w oparciu o argumentację CGI Polska dotyczącą utajnienia części oświadczeń i dokumentów, uznając ją na tym etapie postępowania za zasadną.

Wobec powyższej czynności w dniu 20.10.2017 r. zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: Xentivo Sp. z o.o., ul. Bakalarska 34, 02-212 Warszawa, Damovo Polska Sp. z o.o.,

ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa, na czynność zaniechania odtajnienia oferty wykonawcy CGI Polska.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. **art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)** (dalej jako ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) poprzez zaniechanie odtajnienia części oferty - strona 16 i 17 oferty tj. część IV: Kryteria kwalifikacji lit. C Zdolność techniczna i zawodowa JEDZ oraz strona 37 tj. część IV: Kryteria kwalifikacji lit. C Zdolność techniczna i zawodowa JEDZ - Wykonawcy CGI Polska, pomimo, iż zastrzeżenie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie było zasadne,
2. **art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp** poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji prowadzącymi do zaniechania odtajnienia części oferty - strona 16 i 17 oferty tj. część IV: Kryteria kwalifikacji lit. C Zdolność techniczna i zawodowa JEDZ oraz strona 37 tj. część IV: Kryteria kwalifikacji lit. C Zdolność techniczna i zawodowa JEDZ - Wykonawcy CGI Polska,
3. **innych przepisów** wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienie części oferty Wykonawcy CGI Information Systems and Management Consultants (Polska) Sp. z o.o.

Uzasadnienie odwołania

Odwołujący wywodzi, że zastrzeżenie przez wykonawcę CGI Polska części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa było bezpodstawne, mając na uwadze treść art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że „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".* Odwołujący wskazuje, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa

lub jest inną informacją, przy czym musi posiadać wartość gospodarczą,
2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący podnosi, iż wykluczone jest uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, którą można powziąć w zwykły, dozwolony sposób, natomiast, jak wykazuje, zastrzeżona część oferty Wykonawcy CGI Polska dotyczy realizacji usług, które swoim zakresem obejmują następujące elementy:

1) wdrożenie/administrowanie systemem Oracle Siebel Public Sector w sektorze publicznym (do sektora publicznego zamawiający zalicza wszystkie jednostki organizacyjne, w których własność Skarbu Państwa lub samorządu ma udział większy niż 50%) wykorzystującego jako interfejs użytkownika Siebel Open UI,
2) zbudowanie, wdrożenie i administrowanie aplikacją mobilną zaimplementowaną dla trzech platform: iOS, Android oraz Windows Mobile oraz zintegrowaniu tych aplikacji z dowolnym systemem CRM,
3) wdrożenie/administrowanie Portalem Liferay dla przynajmniej 100 użytkowników (jeżeli wdrożenie i administrowanie było realizowane w tej samej organizacji/instytucji i dla tego samego Portalu Liferay to Zamawiający uzna wykazane pozycje w wykazie jako jedną usługę),
4) wdrożenie/administrowanie systemem CIC Interactive Intelligence.

Odwołujący wskazuje, że zakres, w jakim powyższe informacje należało podać w ofercie dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, był na tyle ogólny, iż nie sposób przyjąć, by ich udostępnienie mogło naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy CGI Polska w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W opinii Odwołującego, informacje w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu nie posiadają charakteru handlowego czy organizacyjnego, a więc nie mają wartości gospodarczej. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3.11.2008 r., sygn. akt: V Ca 2037/08 oraz wyrok KIO z dnia 5.03.2012 r., sygn. akt KIO 331/12, KIO 333/12. Odwołujący wskazuje, że CGI Polska nie miało podstaw do zastrzeżenia ww. części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem ich ujawnienie nie spowodowałoby żadnych negatywnych konsekwencji w obrocie gospodarczym ww. Wykonawcy. Odwołujący podnosi również, że wykonawca CGI Polska wskazał w swojej ofercie m.in. realizację usługi na rzecz podmiotu publicznego tj. Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu. W opinii odwołującego działanie wykonawcy CGI Polska wskazuje, że jest on w pełni świadomy, iż podmiot na rzecz którego usługi były realizowane determinuje pośrednio czynności związane ze skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podnosi, że warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.2.1.1.lit.a SIWZ (usługa polegająca na wdrożeniu/administrowaniu systemem Oracle Siebel Public Sector w sektorze publicznym wykorzystującego jako interfejs użytkownika Siebel Open UI) dotyczy usług realizowanych na rzecz podmiotów publicznych, co oznacza że wykonawca CGI Polska w sposób nieuprawniony zastrzegł realizację usługi, która swoim zakresem odpowiada powyższemu warunkowi. Podnosi, że zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp umowy o zamówienia publiczne są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Odwołujący z powyższego wywodzi, że nie sposób uznać, aby informacje niezbędne do wykazania doświadczenia wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wykazywanych usług na rzecz podmiotów publicznych, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te obejmują bowiem nazwę zamawiającego, na rzecz którego wykonawca świadczył usługi, zakres zamówienia, termin realizacji, a informacje takie nie mają charakteru informacji uznawanych za tajemnicę przedsiębiorstwa, co więcej, są dostępne publicznie w ramach ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Dalej Odwołujący wywodzi, że nieuzasadnione jest stanowisko Zamawiającego dotyczące zaniechania odtajnienia tych informacji wykonawcy CGI Polska, bowiem dał on wiarę lakonicznym wyjaśnieniom ww. wykonawcy, które już po upływie terminu złożenia oferty zostały uzupełnione o dodatkowe argumenty. Odwołujący powołuje się przy tym na wyrok KIO z dnia 2.03.2015 r., sygn. akt KIO 279/15. Odwołujący wskazuje na okoliczność, iż wykonawca CGI Polska uzupełniał treść oświadczenia dołączonego do oferty w zakresie podstaw zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Szeroko powołuje

stanowisko KIO wyrażone wyroku z dnia 7.04.2015 r., sygn. akt. KIO 568/15, KIO 570/15. W ocenie Odwołującego wezwanie trybie art. 26 ust. 4 oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać w świetle przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp za bezpodstawne działanie Zamawiającego, z uwagi na określony ustawowo i nieprzekraczalny termin wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreśla, że wyjaśnienia wykonawcy CGI Polska były ogólne i lakoniczne. W jego opinii ww. wykonawca nie wykazał zasadności zastrzeżenia części oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności nie złożył dowodów, które uprawniałyby go do dokonania takiej czynności. Odwołujący wywodzi, że twierdzenia wykonawcy CGI Polska pozostają bez pokrycia, gdyż z informacji ogólnodostępnych wynika, że podmiot ten, jak i podmiot trzeci udostępniający zasoby realizował usługi o podobnym charakterze na rzecz określonych klientów zarówno z sektora prywatnego, jak i publicznego.

Odwołujący wskazuje, że wykonawca CGI Polska i podmiot trzeci - Proexe, prowadzą otwartą komunikację w domenie publicznej (strony internetowe tych podmiotów, wywiady, materiały prasowe i PR) dotyczące ich klientów, wdrożonych usług, zawartych kontraktów.

Podnosi, że ww. wykonawcy publicznie udostępniają bardzo szeroki zakres informacji - dokładne opisy wykonanych usług, nazwy klientów, czas zawarcia umów co przeczy twierdzeniom wykonawcy CGI Polska, iż chroni on takie informacje uznając je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Tego typu informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, nie są objęte klauzulami poufności, a ich podawanie do publicznej wiadomości stanowi przyjęty zwyczaj. Podnosi, że zgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości, CGI Polska jako członek grupy kapitałowej zobowiązany jest informować w sprawozdaniu finansowym o wartości transakcji i podmiotach tych transakcji dokonywanych w ramach tej samej grupy kapitałowej (transakcje z podmiotami powiązanymi). Wskazuje, że w sprawozdaniach wykonawcy CGI Polska dostępnych w krajowym rejestrze sądowym wykazano liczne transakcje z podmiotami powiązanymi. Z tego Odwołujący wywodzi, że jeżeli w dokumentach zastrzeżonych przez CGI Polska znajdują się informacje dotyczące usług lub transakcji pomiędzy podmiotami tej samej grupy kapitałowej CGI, wskazanymi w sprawozdaniach finansowych wykonawcy CGI Polska, to nie można ich uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa i powinny zostać one ujawnione.

Odwołujący zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnia okolicznością naruszeń ww. przepisów, co stanowić ma o tym, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. W szczególności zaś Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego CGI Polska, który w piśmie z dnia 3.11.2017 r. wniósł o odrzucenie odwołania wobec wniesienia go po terminie. Przystępujący wskazuje, że Odwołujący składał wnioski o odtajnienie części oferty CGI Polska – w dniu 1 i 4.09.2017 r., które pozostały bez odpowiedzi ze strony Zamawiającego. Przystępujący wywodzi, że termin na wniesienie odwołania winien być liczony od dat złożenia wniosków o odtajnienie i zaniechania udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na ten wniosek. Dalej Przystępujący podnosi, iż możliwym jest również przyjęcie, na podstawie art. 182 ust. 3 7

ustawy Pzp, iż termin na wniesienie odwołania winien być liczony od dnia 28.09.2017 r. (dzień otwarcia ofert), jako dnia w którym Odwołujący powziął lub mógł powziąć informację o zastrzeżeniu części oferty.

Stanowisko Przystępującego ww. zakresie Izba uznała za całkowicie bezzasadne. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż jest ono wewnętrznie niespójne – Przystępujący

wskazuje na trzy różne, sprzeczne ze sobą, metody obliczania terminu na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie. Pierwszy – od dnia złożenia wniosków o odtajnienie, drugi – od dnia zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia informacji, trzeci – od dnia powzięcia informacji o zastrzeżeniu części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odnosząc się do ww. metod należy wskazać, że odwołanie zawsze wnoszone jest na czynność (zaniechanie) zamawiającego. Nie jest zatem możliwym przyjęcie pierwszej metody, gdyż złożenie wniosków o odtajnienie oferty stanowi czynność wykonawcy – w niniejszej sprawie Odwołującego. Przyjęcie tej metody skutkowałoby tym, iż Odwołujący wnosiłby odwołanie od własnej czynności. Również ostatnia z ww. metod dotyczy działania wykonawcy – który zastrzega informacje zawarte w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zaś zamawiającego. W przedmiocie metody drugiej – Przystępujący nie wskazał, od jakiej daty Odwołujący miałby termin liczyć, wskazuje jedynie na „zaniechanie". Ustawa Pzp nie określa, w jakim terminie Zamawiający winien odpowiedzieć na wniosek o odtajnienie zastrzeżonych informacji. Wobec powyższego koniecznym jest przyjęcie konkretnego wydarzenia jako terminu umożliwiającego stwierdzenie zaniechania Zamawiającego w tym zakresie. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że terminem takim może być odmowa udostępnienia zastrzeżonych informacji - a zatem zaniechanie ich odtajnienia, (por. np. wyrok KIO z dnia 3.02.2015 r., sygn. akt KIO 108/15), bądź – w braku reakcji Zamawiającego na wnioski o odtajnienie – dzień wyboru oferty zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa jako oferty najkorzystniejszej. Z tą chwilą bowiem można przyjąć, iż Zamawiający uznał skuteczność zastrzeżenia informacji znajdujących się w przedmiotowej ofercie (por. np. wyrok KIO z dnia 25.05.2015 r. sygn. akt KIO 989/15).

W niniejszej sprawie Zamawiający udzielił Odwołującemu odpowiedzi na wnioski o odtajnienie oferty CGI Polska pismem z dnia 10.10.2017 r., w którym poinformował o odmowie udostępnienia zastrzeżonych informacji i o stwierdzeniu zasadności utajnienia przedmiotowych informacji. Ponadto pouczył Odwołującego o przysługującym odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej, które należy wnieść w terminie 10 dni. W ocenie Izby jako początkową datę obliczenia terminu na wniesienie odwołania należało przyjąć datę doręczenia ww. pisma, tj. dzień 10.10.2017 r., jako datę w której Odwołujący powziął informację o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania. Pogląd ten, jak wynika z treści ww. pouczenia, podzielał również Zamawiający. Mając na uwadze powyższe, wobec wniesienia odwołania w dniu 20.10.2017 r., Izba uznała, iż termin

o którym mowa w art.182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został zachowany i nie zaszła przesłanka do odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w pkt 12.2.1. SWIZ wskazał, że za spełniających warunki udziału w postępowaniu uzna wykonawców, którzy:
„1) wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, należycie zrealizowali:

- *a) co najmniej jedną usługę polegającą na wdrożeniu/administrowaniu systemem Oracle Siebel Public Sector w sektorze publicznym (do sektora publicznego zamawiający zalicza wszystkie jednostki organizacyjne, w których własność Skarbu Państwa lub samorządu ma udział większy niż 50%.) wykorzystującego jako interfejs użytkownika Siebel Open UI,*
- *b) co najmniej jedną usługę polegającą na zbudowaniu, wdrożeniu i administrowaniu aplikacją mobilną zaimplementowaną dla trzech platform: iOS, Android oraz Windows Mobile oraz zintegrowaniu tych aplikacji z dowolnym systemem CRM,*
- *c) co najmniej dwie usługi polegające na wdrożeniu/administrowaniu Portalem Liferay dla przynajmniej 100 użytkowników (jeżeli wdrożenie i administrowanie było realizowane w tej samej organizacji/instytucji i dla tego samego Portalu Liferay to Zamawiający uzna wykazane pozycje w wykazie jako jedną usługę),*
- *d) co najmniej jedną usługę polegającą na wdrożeniu/administrowaniu systemem CIC*

Interactive Intelligence".

W dniu 28.08.2017 r. Wykonawca CGI Polska złożył ofertę w postępowaniu, dołączając do oferty oświadczenie z dnia 25.08.2017 r. o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa CGI (dalej Zastrzeżenie). Zastrzeżeniem zostały strona 16 i 17 oferty tj. część IV: Kryteria kwalifikacji lit. C Zdolność techniczna i zawodowa JEDZ oraz strona 37 tj. część IV: Kryteria kwalifikacji lit. C Zdolność techniczna i zawodowa JEDZ. Oświadczył między innymi, że informacje zastrzeżone zawierają informacje handlowe, mające istotną wartość gospodarczą – stanowią o kontrahentach, dla których usługi zostały wykonane oraz zasadach współpracy z klientami w tym na temat wykonanych systemów, ich parametrach i jako takie nie mogą być ujawniane. Wskazał, że informacje te nie są znane ogółowi i że

jego wolą jest, aby takimi pozostały, wobec czego nie publikuje w jakichkolwiek mediach informacji, które objęte zostały zastrzeżeniem. Podniósł również, że jest związany umową o zachowaniu poufności ze swoimi klientami. Wskazał, że żadna z osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez podjęcia specjalnych starań nie jest w stanie się z ww. informacjami zapoznać.

Zamawiający pismem z dnia 10.10.2017 r. poinformował Odwołującego, iż nie wyraża zgody na odtajnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę CGI Polska, uznając argumentację dotyczącą zastrzeżenia ww. informacji jako zasadną.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie jako bezzasadne, nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

W niniejszej sprawie nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mającego polegać na zaniechaniu odtajnienia strony 16, 17 i 37 oferty CGI Polska, pomimo że zastrzeżenie informacji tam zawartych jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie było zasadne.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp z kolei stanowi, *że „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu".* Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 11 ust. 4 definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako *„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".* Jak zatem słusznie podnosi odwołujący dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa koniecznym jest wykazanie, że łącznie ziściły się przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby

przesłanki te zaszły, wobec czego Zamawiający zasadnie uznał zastrzeżenie przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechał ich odtajnienia.

Jak zasadnie podniósł Odwołujący, dla wykazania, iż informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa koniecznym jest, aby informacja ta miała charakter m.in. np. handlowy. Wykonawca CGI Polska wskazał w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, że zastrzeżone informacje posiadają taki charakter – są to informacje o kontrahentach, zasadach współpracy z klientami oraz informacje o wykonanych dla nich systemach, w tym ich parametrów. W ocenie Izby, zgodnie z dotychczasową linią orzeczniczą w tym zakresie, charakter handlowy posiadają informacje dotyczące partnerów handlowych oraz zawartych przez

wykonawcę umów i mogą one stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (por np. wyrok KIO z dnia 2.08.2013 r., sygn. akt KIO 1745/13, wyrok KIO z dnia 20.07.2011 r., sygn. akt KIO 1438/11). Dalej wskazać należy, że przyjętym jest również, iż informacje takie mogą posiadać dla zastrzegającego je wykonawcy wartość gospodarczą (por. np. wyrok KIO z dnia 5.06.2013 r., sygn. akt KIO 1186/13). Wykonawca CGI Polska w uzasadnieniu zastrzeżenia wskazał także, że informacje mające stanowić tajemnice przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i podjęte były w stosunku do nich działania, mające zapewnić zachowanie ich poufności. Wskazał przy tym, iż związany jest również umowami o poufności z podmiotami, których zastrzeżone informacje dotyczą. Należy zauważyć, że brak podania informacji do wiadomości publicznej stanowi przesłankę negatywną, której brak spełnienia udowodnić można jedynie na podstawie przeciwnych okoliczności pozytywnych – tj. poprzez wykazanie, że informacje zostały podane do wiadomości publicznej. Ustawa Pzp w art. 8 ust. 3 nie wymaga jednak od wykonawcy udowodnienia, że zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie wykazanie tego. Wykonawca CGI Polska wskazał zaś, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, że zachowanie ich w tajemnicy pozostaje jego wolą oraz podjęte zostały środki, by informacje takie nie zostały się powszechnie dostępne. Odwołujący w toku postepowania z kolei nie udowodnił okoliczności przeciwnej, pomimo starań nie dotarł do informacji będących przedmiotem zastrzeżenia. Powyższe okoliczności pozwalają na przyjęcie, że wykonawca CGI Polska prawidłowo wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Powyższe ustalenie nie stoi w sprzeczności z powołanym przez Odwołującego wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3.11.2008, sygn. akt V Ca 2037/08 oraz wyrokiem Izby z dnia 5.03.2012, sygn. akt KIO 331/12, KIO 333/12. Orzeczenia te wskazują, że nie mogą zostać zastrzeżone informacje, które wynikają z treści warunku. Jednakże w niniejszej sprawie Zamawiający nie określił szczegółowo warunku, w zakresie którego zastrzeżone zostały informacje. Zamawiający wskazał jedynie, na czym miały polegać usługi których wykonanie było koniecznym dla wykazania posiadania odpowiedniego doświadczenia oraz

wymagał, by usługi te wykonane zostały w przeciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. W niniejszej sprawie wywiedzenie zastrzeżonych informacji z treści warunku nie było możliwe.

Na ocenę prawidłowości działania Zamawiającego nie wpływa okoliczność, że wykonawca CGI Polska oraz podmiot trzeci Proexe szeroko udostępniają informacje o realizowanych usługach i zawartych kontraktach. Wykonawcy jako przedsiębiorcy mają prawo w dowolny sposób dysponować informacjami o swoich kontrahentach i zawieranych umowach. Okoliczność ujawniania części, czy choćby nawet większości z tych informacji nie wpływa na możliwość zastrzeżenia innych, nieupublicznionych informacji. Umowy z podmiotami prywatnymi nie mają przymiotu jawności i żaden przepis prawa nie obliguje stron takiego stosunku do ujawnienia informacji dotyczących realizacji takiej umowy, wobec czego nie można uznać, że Przystępujący nie był uprawniony do zastrzeżenia przedmiotowych informacji (por. wyrok KIO z dnia 5.06.2013 r., sygn. akt. 1186/13). Podobnie, nie sposób uznać by informacje zawarte w sprawozdaniu finansowym wpływały na skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności mając na uwadze bardzo ograniczony zakres informacji ujawnianych w ww. sprawozdaniach.

Izba uznała, iż również w zakresie uznania za skuteczne zastrzeżenia informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 12.2.1.1.lit.a SIWZ (usługa polegająca na wdrożeniu/administrowaniu systemem Oracle Siebel Public Sector w sektorze publicznym wykorzystującego jako interfejs użytkownika Siebel Open UI) decyzja Zamawiającego nie stoi w sprzeczności z art. 8 ust. 3 i art. 139 ust. 3 ustawy Pzp.

Bez wpływu na ocenę zasadności uznania przez Zamawiającego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie CGI Polska pozostaje także powoływana przez Odwołującego okoliczność, iż wykonawca CGI Polska uzupełniał treść oświadczenia dołączonego do oferty w zakresie podstaw zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający już na podstawie oświadczenia wykonawcy CGI Polska z dnia 25.08.2017 r. o zastrzeżeniu informacji znajdujących się w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa uznał zasadność tego zastrzeżenia. Dodatkowe informacje o które zwrócił się do wykonawcy CGI Polska potrzebne były dla rozwiania wątpliwości Zamawiającego co do uzasadnienia zastrzeżenia. Natomiast samo uzasadnienie zastrzeżenia informacji z dnia

25.08.2017 r. było kompletne i pozwalające na przyjęcie, że ww. Wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Skierowanie przez Zamawiającego wezwania o dodatkowe informacje w zakresie zastrzeżenia nie wynikało z wadliwości uzasadnienia zastrzeżenia. Dlatego też, wbrew twierdzeniom Odwołującego należy wskazać, iż powołany wyrok KIO z dnia 7.04.2015 r., sygn. akt. KIO 568/15, KIO 570/15, nie odnosi się do podobnego stanu faktycznego, bowiem w niniejszej sprawie wykonawca CGI Polska wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę

12

---

przedsiębiorstwa w piśmie złożonym wraz z ofertą, zatem w terminie o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający zasadnie uznał, że wykonawca CGI Polska wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wobec czego prawidłowo zaniechał udostępnienia tych informacji na wniosek Odwołującego, tym samym nie dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powiązanie przedmiotowego zarzutu z zarzutem naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwym konkurencji, wobec stwierdzenia bezzasadności ww. zarzutu również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp należało uznać za bezpodstawny. Izba uznała działanie za prawidłowe, nie stwierdzono naruszenia ustawy Pzp, wobec czego brak jest podstaw dla przyjęcia naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

13

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 ze zm.).

Przewodniczący: ……

……

……

14

15