

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2013 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: KAMSOFI S.A. (lider), Asseco Poland S.A., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Województwo Podlaskie w Białymstoku - Urząd Marszałkowski, ul. kard. St. Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok,

przy udziale wykonawców:

A. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

A.1. Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,;

B. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

B.1. Comarch S.A., al. Jana Pawła II 41 G, Kraków;

B.2. CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ujawnienie ofert wykonawców: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z Warszawy, Comarch S.A. z Krakowa oraz CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. z Lublina w zakresie wskazanym w uzasadnieniu wyroku, stanowiącym integralną część niniejszego orzeczenia;

2. kosztami postępowania obciąża Przystępującego - Comarch S.A., al. Jana Pawła II 41 G, Kraków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: KAMSOFI S.A. (lider), Asseco Poland S.A., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Przystępującego - Comarch S.A., al. Jana Pawła II 41 G, Kraków, na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: KAMSOFI S.A. (lider), Asseco Poland S.A., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostarczenie i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego dla Projektu Podlaski System Informatyczny e-Zdrowie”. Zdaniem Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum wykonawców - KAMSOF S.A. (Lider Konsorcjum) z Katowic oraz Asseco Poland S.A. z Rzeszowa w tym postępowaniu Zamawiający – Województwo Podlaskie naruszył art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 96. ust. 3 tej ustawy albowiem nie odtajnił części dokumentów przedłożonych w ofertach wykonawcy Comarch Polska S.A. i Sigma SDI sp. z o.o. oraz CGM sp. z o.o., a także Qumak S.A., które jego zdaniem, wogóle nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w przypadku, gdy dany dokument zawiera w części tego dokumentu tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy, to Zamawiający zobligowany był do odtajnienia tego dokumentu w sposób nienaruszający tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia dokumentów, które (1) w ogóle nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź (2) w przypadku zawierania przez dany dokument tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy odtajnienie tego dokumentu w taki sposób, aby możliwe było zweryfikowanie tego dokumentu bez jednoczesnego ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w takim dokumencie - np. w przypadku referencji poświadczającej należyte wykonanie określonej usługi nakazanie jej odtajnienia z jednoczesnym zacięciem miejsc, w których zawarta jest tajemnica przedsiębiorstwa danego wykonawcy. Wykonawca podał, że w dniu 8 lipca 2013 r. odmówiono dostępu do części ofert w następującym zakresie: w przypadku oferty Comarch Polska S.A. nie udostępniono następujących stron oferty: 3 - 47, 51 - 84, 106 - 121, 127 - 128; w przypadku oferty złożonej Enigma SOI Sp. z o.o. strony: 3 - 39, 57 - 116; w przypadku oferty CGM Sp. z o.o. - od strony 34 do końca oferty; a w przypadku oferty Qumak S.A. – od strony 77 do końca oferty. Odwołujący sprecyzował, że w szczególności powinny mu zostać udostępnione następujące dokumenty: (1) wykaz wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat głównych usług wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należyście; (2) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia; oraz (3) formularz zawarty w pkt 2 oferty (część rzeczowo - ilościowa oferty). Odwołujący podał również, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ również złożył ofertę w tym postępowaniu, a odmowa

3

udostępnienia mu niezasadnie utajnionych części ofert wskazanych wykonawców utrudnia lub wręcz uniemożliwia Odwołującemu weryfikację czynności Zamawiającego na etapie wyboru oferty w kontekście zaistnienia ewentualnych przesłanek wykluczenia z postępowania poszczególnych wykonawców bądź też odrzucenia ich ofert, w przypadku niekorzystnego dla wykonawcy rozstrzygnięcia. Stwierdził również, że odwołanie jest wniesione w terminie przewidzianym ustawą Pzp z uwagi na termin [8 lipca 2013 r.], w którym odmówiono wykonawcy niezasadnie wglądu do utajnionych części ofert. W uzasadnieniu podał, że fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych jest jawność prowadzonego postępowania, która może ulegać ograniczeniu wyłącznie w nielicznych przypadkach, które powinny być wykładane w sposób ścisły. Stwierdził również, że wyłomem (...) w zasadzie jawności może być kwestia zastrzeżenia w toku postępowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa danego uczestnika postępowania. Niemniej za całkowicie niedopuszczalną należy uznać praktykę polegającą na wykorzystywaniu instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa do celu uniemożliwienia innym uczestnikom postępowania skorzystania ze środków ochrony prawnej oraz zweryfikowania poprawności wyboru dokonanego przez Zamawiającego”. Jego zdaniem (...) W orzecznictwie KIO ugruntowany jest pogląd w świetle, którego zastrzeżenie pewnych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zmierzać, jedynie do uniemożliwienia weryfikacji - przez konkurencyjnych Wykonawców - poprawności tego postępowania (...). Dalej podniósł, że wskazani wykonawcy Comarch Polska S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i, Qumak S.A. w całości utajnili wykaz wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat głównych usług wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należyście, a

wykonawca COMPUGROUP MEDICAL POLSKA Sp. z o.o. wykaz ten wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług utajnił częściowo. Zwrócił uwagę na strukturę tego Wykazu (...) określoną w załączniku nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ lub siwz]. Odwołujący przyznał jednocześnie, że część wykazu może zawierać tajemnice przedsiębiorstwa danego wykonawcy. Jego zdaniem (...) W rzeczywistości treść wykazu może zawierać wskazanie na 4 rodzaje wykonanych usług: a) usługi wykonane przez danego Wykonawcę w ramach realizacji zamówień publicznych; b) usługi wykonane przez podmiot trzeci z zasobów, którego dany Wykonawca korzysta, a które zostały zrealizowane przez dany podmiot trzeci w ramach sektora zamówień publicznych; c) usługi wykonane przez danego Wykonawcę w ramach usług realizowanych poza sektorem zamówień publicznych; d) usługi wykonane przez podmiot trzeci z zasobów, którego dany Wykonawca korzysta, a które zostały zrealizowane przez dany podmiot trzeci poza sektorem zamówień publicznych. Mając na uwadze opisany wyżej podział usług oraz powołując się na orzecznictwo KIO, Odwołujący wniósł o odtajnienie poszczególnych oświadczeń wykonawców (złożonych w poszczególnych wierszach wykazu) wraz z

4

dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi, w całości bądź częściowo z wykorzystaniem możliwości zacieniowania miejsc, w których zawarta jest tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego w całości powinny zostać odtajnione te wiersze wykazu (wiersze w tabelce wykazu), w których wymienione zostały usługi wykonane przez danego wykonawcę w sektorze zamówień publicznych. Jego zdaniem, (...) Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane informacje o wykonanych przez danego wykonawcę zamówieniach publicznych, ani też dokumenty potwierdzające wykonanie usług realizowanych w oparciu o umowy zawarte w trybie prawa zamówień publicznych (np. tzw. referencje). Informacje dotyczące zamówień publicznych (w tym informacje o ich wykonaniu) mają charakter informacji publicznej w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Natomiast jednym z kryteriów uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest to, aby informacja miała charakter informacji poufnej. Informacje o wykonanych zamówieniach publicznych oraz dokumenty potwierdzające wykonanie zamówień publicznych nie mogą, więc być traktowane, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji stwierdzić należy, iż w sytuacji, gdy w części niejawnej oferty - któregoś z wymienionych wykonawców - znajdują się informacje o wykonanych zamówieniach publicznych lub dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług realizowanych w ramach zamówień publicznych, to w takim razie informacje takie (poszczególne wiersze tabeli wykazu) oraz takie dokumenty (np. referencje) powinny zostać odtajnione. Usługi wykonane przez podmiot trzeci z zasobów, którego dany Wykonawca korzysta, a które zostały zrealizowane przez dany podmiot trzeci w ramach sektora zamówień publicznych. Analogiczną argumentację zastosować należy wobec informacji o usługach wykonanych w sektorze zamówień publicznych wraz z dowodami na ich należyte wykonanie przez podmioty trzecie z zasobów, których danych wykonawca korzysta w oparciu o treść art. 26 ust. 2b Pzp. Również i w tym wypadku mamy do czynienia z informacją publiczną w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej". Jednocześnie podkreślił, że dany wykonawca nie powinien się bronić przed odtajnieniem tych informacji i dokumentów powołując się na konieczność ochrony tożsamości podmiotu, z którym dany podmiot współpracuje albowiem informacją powszechnie dostępną (a więc niespełniającą jednej z podstawowych przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa) jest fakt stałej współpracy poszczególnych wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu z innymi spółkami. W tym przypadku wskazał na wykonawcę Comarch Polska S.A., co, do którego – jego zdaniem – (...) jest powszechnie wiadomym, że w utajnionym wykazie (zamieszczonym w swojej ofercie) powołuje się na doświadczenie wynikające z usług zrealizowanych w sektorze zamówień publicznych między innymi przez spółkę Esaprojekt Sp. z o.o., a która to spółka wchodzi w skład grupy kapitałowej Comarch i obok spółki Imed 24 S.A. (również wchodzącej w skład grupy kapitałowej Comarch), jako

5

jedyna w ramach tej grupy zajmuje się świadczeniem usług związanych z tworzeniem i wdrażaniem oprogramowania dla tzw. części białej podmiotów leczniczych. Wiedzą powszechnie dostępną jest zatem informacja o współpracy spółki Comarch Polska S.A. oraz

Esaprojekt Sp. z o.o. Wiedza ta wynika między innymi ze stron internetowych, które wykorzystują dla promocji własnych produktów i usług podmioty wchodzące w skład grupy kapitałowej Comarch". Analogiczną argumentację można zastosować – zdaniem Odwołującego również (...) wobec innych Wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu. Wiedzą powszechnie dostępną jest również informacja o tym, że Wykonawca COMPUGROUP MEDICAL POLSKA Sp. z o.o., w swoim utajnionym wykazie powołała się na doświadczenie spółki Systema Human Information Systems GmbH z Austrii, która to spółka wchodzi w skład grupy kapitałowej COMPUGROUP MEDICAL i która współpracuje ściśle z CGM Polska Sp. z o.o. Natomiast Wykonawca ENIGMA SOI Sp. z o.o. w swoim wykazie powołał się na doświadczenie spółki Impulsy sp. z o.o. z Warszawy. Wykonawca Qumak S.A. w swoim wykazie powołał się na doświadczenie spółki ALMA S.A. lub Systemy Informatyczne Alma sp. z o.o. z Poznania, oraz Simple S.A. z Warszawy". Podniósł także z ostrożności procesowej, że (...) nawet jeżeli Izba nie podzieli wniosku Odwołującego, iż informacja o tożsamości podmiotu trzeciego - który udostępnia swoje doświadczenie, danemu Wykonawcy, wynikające z realizacji usług w sektorze zamówień publicznych - nie powinna być zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, to i tak możliwe jest częściowe odtajnienie wykazu (tabelki zawierającej wymienienie wykonanych usług) oraz dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie tych usług w taki sposób, iż zacieniowana zostanie informacja o nazwie tego podmiotu oraz ewentualnie nazwie instytucji Zamawiającego. Usługi wykonane przez danego Wykonawcę w ramach usług realizowanych poza sektorem zamówień publicznych oraz usługi wykonane przez podmiot trzeci z zasobów, którego dany Wykonawca korzysta, a które zostały zrealizowane przez dany podmiot trzeci poza sektorem zamówień publicznych. Natomiast w odniesieniu do tej części wykazu, która dotyczy powołania się na doświadczenie wynikające z realizacji usług wykonanych poza sektorem zamówień publicznych Odwołujący przyznaje, iż informacje te wraz z dowodami należytego wykonania tych usług mogą w części stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Niemniej zasadnym jest żądanie przynajmniej częściowego odtajnienia wykazu w ten sposób, iż zacieniowane zostaną informacje określające podmiot zamawiający daną usługę (zacieniowanie kolumny „Nazwa podmiotów” w tabelce wykazu oraz zacieniowanie nazw podmiotów w treści dokumentu stanowiącego dowód należytego wykonania usługi). Nie powinny również być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, które są powszechnie dostępne lub były, przez danego Wykonawcę, ujawniane w innych postępowaniach". W odniesieniu do kwestii dotyczących Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, Odwołujący stwierdził, że wykonawcy Comarch

6

Polska S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., Qumak S.A., COMPUGROUP MEDICAL POLSKA Sp. z o.o. niezasadnie w całości utajnili wykaz osób, które będą brały udział w wykonaniu zamówienia. Wskazał na strukturę tego Wykazu osób (...) określony w załączniku nr 6 do SIWZ, który. składa się z następujących kolumn determinujących zawartość informacyjną wykazu: „Zakres wykonywanych czynności”, „Imię i nazwisko”, „Kwalifikacje Zawodowe, w tym informacje o posiadanych certyfikatach”, „Doświadczenie”, „Informacje o podstawie dysponowania”. Odwołujący podkreślił, że jego zdaniem nie jest dopuszczalne utajnienie całego wykazu, albowiem faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy mogą stanowić imiona i nazwiska osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Utajniając personalia tych osób dany wykonawca może bronić się przed tzw. „head hunting’iem”. Niemniej Odwołujący powinien mieć możliwość zweryfikowania, czy inni wykonawcy zadeklarowali dysponowanie wszystkimi wymaganymi w postępowaniu specjalistami, a także czy te osoby spełniają wymagania zawarte w treści SIWZ. W ocenie Odwołującego inne, aniżeli „Imię i nazwisko” kolumny wykazu nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa poszczególnych wykonawców, którzy utajnili ten wykaz. Odwołujący wniosł o odtajnienie tych wykazów w taki sposób, że zacieniowana zostanie wyłącznie kolumna zawierająca imię i nazwisko danego specjalisty. Odnosnie Formularza oferty i jego pkt 2 (część rzeczowa - ilościowa oferty) wnoszący odwołanie podał, że wykonawca Comarch Polska S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., COMPUGROUP MEDICAL POLSKA Sp. z o.o. niezasadnie utajnili w całości ten punkt Formularza. Wskazał również, że wykonawca Qumak S.A. nie utajnił tego formularza. Jego zdaniem postępowanie wskazanych wykonawców Comarch, Enigma i CGM ocenić należy, jako zmierzające wyłącznie do uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikację ofert i w konsekwencji utrudnienie możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym

takie zachowanie nie powinno podlegać ochronie. Dalej podniósł, że (...) Analiza treści formularza prowadzi do wniosku, iż nie może on zawierać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa poszczególnych Wykonawców albowiem Wykonawcy ci w tym formularzu oferują szczegółowo określone przez formularz oprogramowanie - np. licencje bazodanowe, hurtownie danych, czy też systemy informatyczne dla poszczególnych szpitali". Podkreślił, że jego zdaniem (...) wszystkie te systemy są systemami standardowo dostępnymi na rynku". W reasumpcji stwierdził, że (...) utajnienie przez ww. Wykonawców, aż tak dużego zakresu złożonych ofert ma na celu wyłącznie utrudnienie innym uczestnikom postępowania skorzystanie z przysługujących środków ochrony prawnej. Takie postępowanie skutecznie niweczy przewidziane w art. 179 Pzp prawo innych uczestników postępowania do korzystania ze środków odwoławczych i de facto ma na celu obejście konsekwencji realnego stosowania przepisów Pzp zawartych w Dziale VI tej ustawy. Tym samym taka czynność

7

jako zmierzająca do obejścia prawa z mocy art. 58 § 1 kc stosowanego poprzez art. 14 Pzp jest ex lege nieważna".

Do niniejszego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o z Warszawy, wnosząc o uwzględnienie odwołania, jednakże z wyłączeniem zarzutów dotyczących jego oferty, albowiem zdaniem wykonawcy dokonał prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Comarch Polska S.A. z Krakowa [wykonawca Comarch Polska], wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., z Lublina, który wnosząc o oddalenie zarzutów z odwołania dodatkowo stwierdził, że niniejsze odwołanie jest przedwczesne, albowiem ocena skuteczności zastrzeżenia kwestionowanych informacji, w ramach prowadzonego postępowania wyjaśniającego nie została zakończona, a Zamawiający nie ma wyznaczonego ustawą Pzp terminu, w którym takie postępowanie powinien zakończyć. Zatem nie można twierdzić, że Zamawiający zaniechał wykonania czynności nakazanej przepisami ustawy Pzp. Ponadto wykonawca ten dodatkowo [w piśmie procesowym z dnia 30.07.2013 r.] stwierdził w szczególności, Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, a przepis art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, iż 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. Uwzględniając przywołane wyżej unormowania, a także zważywszy poglądy wyrażane w orzecznictwie oświadczył, że wszystkie informacje zastrzeżone w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa nie były udostępniane przez wykonawcę w sposób publiczny. Nie zostały zamieszczone na żadnych stronach internetowych Wykonawcy, czy też jego podwykonawców lub podmiotów udostępniających zasoby w trybie art. 26 ust. 2b P2P. Wykonawca w szczególny sposób zadbał o zachowanie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, między innymi poprzez: 1) zobowiązania swoich pracowników, współpracowników oraz kontrahentów do zachowania poufności; 2) wprowadzenie procedur wewnętrznych dotyczących kontroli i limitowania dostępu do informacji poufnych; 3) zabezpieczenie posiadanych systemów informatycznych przed dostępem osób

8

niepowołanych; 4) ustalenie obowiązku zapłaty wysokich kar umownych w przypadku naruszenia klauzul dotyczących poufności. Do stosowania takich środków Wykonawca zobowiązany jest również na podstawie zobowiązań wynikających z porozumień zawartych z kontrahentami, a zwłaszcza z podwykonawcami, którym Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia. Podkreślił również, że (...) Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę mają charakter technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa oraz posiadają

wartość gospodarczą. Stanowią więc one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a ich traktowanie jako informacji poufnych jest zgodne z treścią art. 8 ust. 3 PZP. Odnosząc się do poszczególnych kategorii dokumentów wskazanych przez Odwołującego, które według Odwołującego powinny mu zostać udostępnione stwierdził, że wykazu wykonanych dostaw, oraz dokumentów podmiotów udostępniających zasoby i referencje zawierają informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego i w związku z tym podlega on utajnieniu na podstawie art. 8 ust. 3 PZP. W odniesieniu do wykazów stwierdził, że tajemnica przedsiębiorstwa dotyczy całości informacji w nim zawartych, albowiem – tak jak podniósł – Odwołujący przede wszystkim nie wykazał, że Wykazami tymi dysponuje jakikolwiek inny podmiot i co więcej każdy te informacje mógłby otrzymać, a sam fakt, że część usług ujętych w Wykazie musiała być wykonana, biorąc pod uwagę brzmienie § 5 ust. 1 SIWZ, na rzecz zamawiających publicznych nie przesądza, iż informacje mają charakter publiczny, a fakt wykazywania się zamówieniami zdobytymi no rynku zamówień publicznych, gdzie pewne informacje można uzyskać poprzez dostęp do publicznych ogłoszeń o zamówieniach i jawne umowy w sprawie zamówienia publicznego nie oznacza jeszcze, że dane te nie mogą stanowić tajemnicy handlowej. Wykaz usług zawierać może bowiem dużo bardziej szczegółowe informacje, niż wynikające choćby z ogłoszeń w zamówieniach. Przystępujący stwierdza więc, iż wartość gospodarczą ma cały wykaz dostaw i usług objęty zastrzeżeniem poufności w niniejszym postępowaniu. Wykonawca oświadcza, że wykaz zawiera informacje o zamówieniach zrealizowanych przez Wykonawcę w zadany okresie czasu, a nadto wskazuje na przedmiot zamówienia, uzyskane przychody oraz daty wykonania tychże zamówień. Na podstawie takiego wykazu potencjalni konkurenci mogą uzyskać więc wiedzę na temat działalności i aktywności Wykonawcy, odbiorców jego produktów, a także poziomu oferowanych cen. Ujawnienie informacji dotyczących wykonanych usług u poszczególnych zamawiających w odniesieniu do wskazania warunku udziału w postępowaniu stanowi publiczne ujawnienie posiadanego przez firmę potencjału, możliwości świadczenia konkretnych specjalistycznych usług, oraz faktu współpracy handlowej pomiędzy konkretnymi firmami. Przystępujący podkreślił, że (...) w przedłożonym wykazie znalazły się również informacje dotyczące zamówień zrealizowanych przez podmioty trzecie, udostępniające Wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie w niniejszym postępowaniu. Podtrzymując prezentowane wyżej stanowisko

9

Przystępujący podnosi dodatkowo, iż udostępnienie informacji zawartych w wykazie skutkowałoby ujawnieniem informacji dotyczących kontaktów handlowych Przystępującego oraz jego strategii rynkowej i potencjału rozważanego jako potencjał samego Przystępującego, jak i podmiotów z nim współpracujących. Fakt współpracy handlowej jest w szczególności sposób chroniony w odniesieniu do podmiotów prywatnych występujących na rynku. Prywatne firmy chronią już samą informację o zawartych umowach lub łączących je powiązaniach handlowych z innymi podmiotami. Ta powszechnie przyjęta w obrocie handlowym zasada jest ściśle przestrzegana przez Przystępującego oraz jego kontrahentów (w tym podwykonawców), z potencjału których Spółka korzystała składając zamawiającemu ofertę w postępowaniu. Tego rodzaju informacje stanowią więc informacje o charakterze organizacyjnymi i mają dużą wartość gospodarczą. Ponadto w zastrzeżonej części wykazu znalazły się również zamówienia realizowane poza polskim sektorem publicznym, a zatem informacje na ich temat nie są dostępne dla osób postronnych. Tym samym zarówno sam wykaz, jak dokumenty potwierdzające należyte wykonanie poszczególnych zamówień w nim zawartych podlegają ochronie ze względu na potrzebę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego. Ujawnienie samych dokumentów referencyjnych oraz ich ewentualnych tłumaczeń prowadzi bowiem do takiego samego skutku, co ujawnienie samego wykazu. Zwrócił uwagę, że w zastrzeżonej części oferty znajdują się również oświadczenia podmiotów trzecich dotyczące udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a informacje dotyczące powiązań handlowych Przystępującego stanowią informację organizacyjną przedsiębiorstwa oraz informację mającą wartość gospodarczą, albowiem na wysoko specjalistycznym rynku, jakim jest rynek IT wiedza na temat wzajemnych powiązań handlowych poszczególnych podmiotów konkurencyjnych ma szczególne znaczenie ponieważ na jej podstawie ustalany jest potencjał współpracujących podmiotów dotyczący zdolności do realizacji projektów informatycznych. Podkreślił, że informacja tego rodzaju określa strategię rynkową i na podstawie tych samych dokumentów podmiot konkurencyjny zdolny jest również uzyskać wiedzę dotyczącą potencjalnych słabości Przystępującego.

Korzystanie z zasobów podmiotów trzecich wskazuje bowiem, iż w pewnych obszarach Spółka nie dysponuje potencjałem własnym. Tego rodzaju informacja ma więc istotną wartość gospodarczą i jest także informacją o charakterze organizacyjnym przedsiębiorstwa Przystępującego. Spółka ma więc słuszne prawo do ochrony tego rodzaju informacji. Niezależnie od powyższego zauważył, że informacje zawarte w dokumentach dotyczących udostępnienia zasobów są informacjami o kontrahentach, gdyż podmioty trzecie są stroną transakcji. W związku z tym już sama informacja dotycząca danych podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał wyczerpuje znamiona definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto w zobowiązaniach do udostępnienia zasobów zawarte są informacje o zdobytym doświadczeniu podmiotów trzecich, a nadto szczegółowe dane dotyczące wykonanych prac,

10

dane personelu oraz informacje na temat zdolności finansowych tych podmiotów. Przystępujący jest zobowiązany do ochrony tajemnic swoich kontrahentów co wynika także z postanowień umów zawieranych przez Spółkę. Dodał, że Przystępujący, ani jego kontrahenci nie upubliczniali informacji dotyczących współpracy na gruncie niniejszego postępowania. Informacja ta nie jest więc dostępna w zwykłym trybie i w związku z tym może być przedmiotem ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca podkreślił, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy wszystkich dokumentów związanych z udostępnieniem określonych zasobów (w tym np. oświadczenia podwykonawców), które to dokumenty pozwalają na identyfikację podmiotu udostępniającego zasoby. Odnośnie Wykazu osób (...) stwierdził, że także (...) Informacje na temat posiadanego potencjału kadrowego niewątpliwie są informacjami stanowiącymi tajemnicę Przystępującego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k". Dalej podał, że (...) Przystępujący jest spółką działającą na wysoce specjalizowanym rynku, jakim jest rynek IT. O sile rynkowej danego uczestnika rynku w tym sektorze stanowi jego potencjał, który oparty jest na zasobach ludzkich i zależy od kwalifikacji zatrudnianego personelu. Z uwagi na dużą konkurencyjność rynku powszechne jest występowanie zjawiska tzw. „podkupowania” pracowników. W związku z powyższym tak Przystępujący, jak i jego kontrahenci (a zwłaszcza podwykonawcy) chronią informacje na temat posiadanego potencjału osobowego co tyczy się zarówno danych osobowych, jak i kwalifikacji zatrudnianych pracowników. Na podstawie tychże informacji potencjalni konkurenci mają bowiem możliwość oceny ewentualnych słabości poszczególnych podmiotów. Przystępujący jak i jego kontrahenci (w tym podmioty udostępniające zasoby w niniejszym postępowaniu) w postępowaniach przetargowych, w których uczestniczą standardowo zastrzegają poufność informacji dotyczących własnego potencjału kadrowego, jak również nie upubliczniają ich poza tymi postępowaniami”. Zdaniem wykonawcy, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie znajduje pełne oparcie w orzecznictwie. Podkreślił, że część osób ujawnionych w wykazie jest zatrudniana przez podmioty trzecie, które wymagają ochrony danych dotyczących tych osób. Usta pracowników udostępnianych przez firmę trzecią oraz wykształcenie i konkretne doświadczenia tych osób stanowi tajemnicę organizacyjną firmy trzeciej, którą Przystępujący zobowiązany jest chronić. Tym samym wszystkie dokumenty wskazujące na dysponowanie konkretnymi osobami, a także dokumenty świadczące o ich kwalifikacjach, są dokumentami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnośnie części rzeczowo – ilościowej oferty w pkt 2 Przystępujący zwrócił uwagę, że (...) przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie systemu regionalnego przetwarzającego znaczące ilości danych medycznych pochodzących w rozproszonych lokalizacji. Wdrażany system ze względu na swoje zadania jest systemem specyficznym, chociażby ze względu na rodzaj, zakres i ilość przetwarzanych danych (szeroko rozumiane dane o zdarzeniach medycznych).

11

Dodatkowo w projektowanym systemem regionalnym współpracować mają systemy lokalne. Zadaniem każdego wykonawcy było więc zaprojektowanie i złożenie oferty obejmującej rozwiązanie programowe zdolne do przetwarzania danych gromadzonych przez wszystkie systemy tj. systemy lokalne i regionalne, jak również spełniające wszystkie wymagania określone w SIWZ.” Dalej Przystępujący podniósł, że (...) informacje zawarte w części rzeczowo-ilościowej oferty mają niewątpliwie charakter technologiczny. Dokument opisuje bowiem indywidualne rozwiązanie informatyczne tj. zestawienie oprogramowania zdolnego do przetwarzania danych w zakresie żądanym przez Zamawiającego”. Przystępujący

podkreśliła, że (...) umiejętności projektowania tak wysoce skomplikowanych systemów informatycznych jest wiedzą wysoce specjalistyczną, opartą na doświadczeniu i informacjach, które nie są powszechnie dostępne. Tym samym wiedza odnośnie rozwiązań proponowanych przez Przystępującego ma istotną wartość rynkową dla podmiotów konkurencyjnych, które na podstawie dołączonej specyfikacji uzyskiwałyby wiedzę na temat rozwiązań stosowanych przez Przystępującego oraz jej podwykonawców, a oprócz tego gotową konfigurację wysoce specjalistycznego i zindywidualizowanego systemu. Wiedza i umiejętność tworzenia i projektowania tego typu rozwiązań stanowi zaś know-how przedsiębiorstwa Przystępującego oraz jego podwykonawców i nie podlega ujawnieniu, nawet jeśli niektóre fragmenty systemu są tworzone z komponentów gotowych i powszechnie dostępnych". Wykonawca powołał się na orzecznictwo, podkreślając [za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r. (V CSK444/06), że „Tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołu wiadomości o produkcie przymiotu poufności." Wskazując z kolei na orzecznictwo KIO stwierdził, że „Opracowane przez wykonawcę na potrzeby zamówienia takie elementy oferty jak np. opis funkcjonalny systemu, opis techniczny, zastosowana metodologia, zawierające „know-how” wykonawcy, jak i wykaz sprzętu i licencji zastosowanych do budowy systemu w ramach oferowanego rozwiązania oraz sposób kalkulacji ceny oferty uwzględniający szczegółowe elementy kosztowe, stanowią informację, która może podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powyższe informacje stanowią zbiór informacji, który jest objęty ochroną prawną na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji " oraz, że „informacje dotyczące rozwiązań technologicznych oraz kwalifikacji kadry przewidzianej do realizacji zamówienia mieści się w katalogu informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa". W tym stanie rzeczy Przystępujący podtrzymał zastrzeżenie wszystkich informacji zawartych w złożonym wykazie, z uwagi na fakt, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i zaznaczył, że

12

konfiguracja rozwiązania sprzętowego na potrzeby niniejszego przetargu nie została ujawniona publicznie. Podlega ona ścisłej ochronie, czego wyrazem jest zastrzeżenie tej informacji w złożonej ofercie. Wskazał ponadto, iż (...) w zakresie przygotowania projektu omawianego rozwiązania, jak również jego późniejszego wykonania Przystępujący polegał również na komponentach zestawionych na potrzeby niniejszego postępowania przez podwykonawców i tym samym informacja dotycząca zastosowanej w tym zakresie konfiguracji sprzętowej stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tychże podmiotów, do której przestrzegania zobowiązany jest tak Przystępujący, jak i Zamawiający.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia 31 lipca 2013 r.] złożył – na podstawie art. 186 ust.1 i 2 ustawy Pzp - oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Comarch Polska S.A. z Krakowa wniósł na podstawie art.186 ust.4 ustawy Pzp sprzeciw i tym samym odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Tak jak ustaliła Izba, zarzuty podniesione w odwołaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum wykonawców - KAMSOF S.A. (Lider Konsorcjum) z Katowic oraz Assec Poland S.A. z Rzeszowa [dalej Konsorcjum KAMSOF] dotyczą naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 tej ustawy z uwagi na nie ujawnienie dokumentów [w części lub w całości] przedłożonych w ofertach wykonawcy Comarch Polska S.A. i Sigma SDI sp. z o.o. oraz CGM sp. z o.o., a także Qumak S.A., zastrzeżonych bezpodstawnie przez tych wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym przypadku Odwołujący, żądając ujawnienia tych dokumentów, wniósł o częściowe udostępnienie Wykazu usług wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat głównych wraz z

dowodami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należyście oraz Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia; oraz w całości formularza w pkt 2 oferty (część rzeczowo - ilościowa oferty). Izba, uwzględniając dyrektywę z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznaczającą granice orzekania KIO, tylko w takim zakresie rozpoznawała zarzuty z odwołania dotyczące naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 tej ustawy.

13

Izba stwierdziła, że zarzuty skierowane do oferty wykonawcy Qumak S.A., podlegają oddaleniu bez ich merytorycznego rozpoznaniu, z uwagi na nie wykazanie spełnienia przesłanek wymaganych art. 179 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem tylko łączne wykazanie interesu oraz szkody umożliwi wykonawcy skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp, w tym przypadku do podnoszenia zarzutów odnośnie każdej z konkurencyjnych ofert. Nie wykazanie przez wykonawcę chociażby jednej z tych przesłanek wymaganych art. 179 ust.1 ustawy Pzp skutkuje odpowiednio oddaleniem zarzutu, bez jego merytorycznego rozpoznawania. Zdaniem Izby takiemu rozstrzygnięciu nie sprzeciwia się analogiczne – tak jak w przepisie art. 179 ust.1 ustawy Pzp - uregulowanie z art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG. Izba stwierdza również, że badanie posiadania takiej legitymacji czynnej podlega badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą również z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ustalił dwa kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty, a mianowicie cenę z wagą 80 % oraz dodatkowe lata gwarancji z wagą 20 %. Tak jak wynika z akt sprawy w przedmiotowym postępowaniu złożono 5 ofert, z następującymi cenami, wykonawca: Comarch Polska S.A. - 23.852.258,77 zł, Enigma SDI sp. z o.o. – 26.814,00 zł, CGM sp. z o.o. – 28.244.490,00 zł oraz Qumak S.A. – 35.571.994,22 zł i wnoszący odwołanie Konsorcjum Kamssoft – 31.801.340,04 zł. Z kolei w kryterium drugim, Odwołujący przedstawił najdłuższy okres gwarancji [5 lat] w stosunku do wymaganej rocznej gwarancji, i co prawda wobec ograniczenia z pkt 15 specyfikacji mógł tak jak każdy z wykonawców, w tym wykonawca Qumak S.A. uzyskać maksymalną liczbę 20 punktów i tym samym w okolicznościach niniejszej sprawy o wyborze najkorzystniejszej oferty, rozstrzygającym kryterium stała się cena. Zatem nie jest możliwe wykazanie szkody przez Odwołującego w odniesieniu do oferty Qumak S.A., albowiem ta oferta w przypadku jej oceny uplasowałaby się za Odwołującym na ostatnim miejscu w rankingu. W konkluzji Izba stwierdza, że wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, a Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek, odwołanie w tej części nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Odnośnie zarzutu przedwczesnego zaskarżenia w odwołaniu naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 96. ust. 3 tej ustawy Izba stwierdza, że takie stanowisko jest niezasadne. W niniejszej sprawie Izba ustaliła bowiem, że wykonawca pierwszą czynność związaną z uzyskaniem dostępu do treści ofert w całości podjął 25 czerwca 2013 r., a

14

odmowa ich udostępnienia nastąpiła w dniu 8 lipca 2013 r. Co prawda Zamawiający w dniu 11 lipca 2013 r. zwrócił się do wykonawców z żądaniem przedłożenia wyjaśnień odnośnie informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednakże w tym przypadku, wobec żądania wykonawcy z dnia 8 lipca br nie poinformował wykonawcy, że podejmie taką czynność i nie wyznaczył nowego terminu, w którym będzie mógł odnieść się do wniosku wykonawcy. Tym samym Odwołujący był w pełni uprawniony do wniesienia odwołania [począwszy od 8 lipca 2013 r.] na czynność braku dostępu do żądanych dokumentów.

Rozpoznając następnie odwołanie, w zakresie jak podano wyżej, Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że zgodnie z art. 186 ust.4 ustawy Pzp sprzeciw można wnieść wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Także, co do zgłoszenia przystąpienia, przepis art. 185 ust.2 i 3 ustawy Pzp stanowi tylko o obowiązku wskazania strony do której wykonawca zgłasza przystąpienie oraz wymaga, aby taki wykonawca posiadał interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte

na korzyść jednej ze stron, a zatem tej strony do której nastąpiło zgłoszenie przystąpienia.

W niniejszej sprawie wykonawca Comarch Polska przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego bezwarunkowo, jak to wynika z pisma z dnia 19 lipca 2013 r., wnosząc o oddalenie odwołania Konsorcjum Kamssoft w całości. W toku posiedzenia zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów i tym samym odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie. W toku rozprawy podnosił, co prawda ograniczenie przystąpienia tylko do zarzutów skierowanych do jego oferty, jednakże w tym przypadku, to oświadczenie Izba uznała za nieskuteczne, albowiem ujawnienie tej okoliczności w toku posiedzenia powodowałoby, że wykonawca nie mógłby wnieść skutecznego sprzeciwu, gdyż sprzeciw można wnieść wyłącznie wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów i tym samym brak możliwości skutecznego wniesienia sprzeciwu skutkowałoby umorzeniem postępowania w niniejszej sprawie na podstawie art. 186 ust.2 ustawy Pzp. W przypadku przystąpienia do postępowania odwoławczego również nie można ograniczyć się do zarzutów skierowanych do własnej oferty. Takie działanie może być postrzegane jako brak interesu, w tym przypadku w rozumieniu art. 185 ust.3 ustawy Pzp w związku z art. 185 ust.5 ustawy Pzp i w konsekwencji możliwość skutecznego zgłoszenia opozycji na podstawie art. 185 ust. 4 tej ustawy, bądź też Izba, w takim przypadku nie mogłaby - w związku z art. 185 ust.5 ustawy Pzp - uwzględnić argumentacji pozostającej w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony do której przystąpił wykonawca. W okolicznościach faktycznych tej sprawy - wobec braku opozycji stron - Izba uznała, że do stanowisk wyrażonych w

15

przystąpieniach przez wykonawców Enigma SDI sp. z o.o. oraz CGM sp. z o. o, ma zastosowanie druga ze wskazanych możliwości.

Rozpoznając następnie zarzuty z odwołania, Izba miała przede wszystkim na uwadze art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl którego strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontradyktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania. Przez fakt dowodzenia, jak podkreśla się w doktrynie, należy rozumieć wykazanie prawdziwości twierdzenia o fakcie, którym strona lub uczestnik posługując się zamierza uzasadnić żądanie lub zarzut strony [uczestnika postępowania odwoławczego] bądź – co jest dopuszczalne przez Izbą - wykazać ich niezasadność. Co prawda ciężar udowodnienia danego twierdzenia – zgodnie z paremią rzymską (*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*) - spoczywa na tej stronie lub tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza, jednakże w postępowaniu odwoławczym na gruncie ustawy Pzp, to każdy z jej uczestników [strona bądź przystępujący wykonawca] powinien przejawiać inicjatywę dowodową w celu słusznej obrony albo w celu potwierdzenia stawianych zarzutów. Co do zasady, taką aktywność we wnioskowaniu dowodów, pomimo skutecznie zgłoszonego sprzeciwu, powinien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne. Także w postępowaniu odwoławczym zamawiający nawet w przypadku uwzględnienia odwołania w całości [art. 182 ust.2 ustawy Pzp - *lege non distinguente*] ma pełne prawo do przedstawiania dowodów, szczególnie tych wskazujących na konieczność uwzględnienia odwołania, [jak i dowody przeciwnie], albowiem zamawiający nie jest w żadnym stopniu skrupowany formalnie w zakresie inicjatywy dowodowej. Zdaniem Izby, taki obowiązek ustawa Pzp nakłada również na przystępującego wykonawcę, także wówczas gdy wnosi on sprzeciw, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości odwołania. Izba ponadto zwraca uwagę, że zasada jawności – tak jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie [orzecznictwo KIO oraz sądowe, w tym Sądu Najwyższego], jako podstawowa zasada systemu zamówień publicznych doznaje ograniczeń jedynie w sytuacji wskazanej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu, zastrzeżenie może dotyczyć tylko informacji

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i oczywiście nastąpić najpóźniej z momentem złożenia wniosku bądź oferty.

16

Zgodnie z dyspozycją art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym za skutecznie zastrzeżone mogą być uznane tylko takie informacje, które spełniają łącznie następujące warunki: (1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, (2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powołując się na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażane w wyrokach [wyrok z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001/4/59; wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002/5/67] – Izba stwierdza, że podjęcie decyzji o „utajnieniu” poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz, że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu. Tym samym zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi – w przekonaniu Izby - podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności, co więcej narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zwraca także uwagę, że w wyroku z dnia 3 października 2000r. [I CKN 304/00] Sąd Najwyższy stwierdził, że (...) Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Również Krajowa Izba Odwoławcza w dotychczasowym orzecznictwie zwracała uwagę, że (...) nie jest wystarczające wskazanie w wyjaśnieniach, bez konkretnego uzasadnienia, że zastrzegane informacje zostały przygotowane specjalnie dla tego postępowania i zawierają dane o charakterze technologicznym i organizacyjnym, czy też posiadają istotną wartość gospodarczą bądź indywidualny charakter i tym samym stanowią know-how wykonawcy. Zatem Zamawiający, dokonując badania zasadności „utajnienia” części oferty – powinien w pierwszej kolejności rozważyć, czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mające być może charakter poufny, posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, że prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania, ograniczając tym samym innym wykonawcom zapewnienie ochrony prawnej. W orzecznictwie KIO podkreśla się również, że zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego

17

poszczególne elementy [zwroty czy wyliczenia], które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Takimi informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być – zdaniem Izby - tylko np. nazwa określonego partnera handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich, czy pewne dane stanowiące określoną – uprawdopodobnioną co najmniej - wartość gospodarczą dla danego wykonawcy. Tym samym nie każdy dokument może podlegać zastrzeżeniu w całości we wszystkich jego elementach, takie zastrzeżenie może dotyczyć tylko jego określonej części [ściśle określonego elementu].

Rozpoznając zarzut odnoszący się do Wykazu usług (...) oraz listów referencyjnych i Wykazu osób (...), Izba uznała, że w podnoszonych przez wykonawców okolicznościach zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji z tych Wykazów było niezasadne i tym samym ten zarzut podlega uwzględnieniu oraz podlega uwzględnieniu żądanie udostępnienia w części informacji podanych w tych Wykazach oraz w listach referencyjnych. Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że informacje zawarte w tym Wykazie, podobnie jak w Wykazie osób (...) przede wszystkim mieszczą się w katalogu dokumentów i informacji, których zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w

postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego, co do zasady wyklucza w konsekwencji, możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności w całości. Tym samym Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że wymienione Wykazy wraz z dowodami – listami referencyjnym oraz zobowiązaniami podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby - mogą podlegać zastrzeżeniu tylko w takim zakresie, jak wywodzi Odwołujący. To oznacza, że takie zastrzeżenie nie może dotyczyć usług z sektora publicznego, finansowanych ze środków publicznych, nawet, gdy powoływanie na takie usługi jest skutkiem korzystania z zasobu podmiotu trzeciego w oparciu o przepis art. 26 ust.2b ustawy Pzp. W odniesieniu do usług realizowanych na rzecz sektora prywatnego z klauzuli zastrzeżenia - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – wykonawcy mogą korzystać zdaniem Izby - co najwyżej tylko w ograniczonym zakresie – stąd żądanie częściowego odtajnienia Wykazu usług – podlega uwzględnieniu. Izba zwraca również uwagę, że złożone przez Przystępującego wykonawcę oświadczenie podmiotu, udostępniającego zasoby w piśmie z dnia 26 czerwca 2013 r. w sposób ogólnikowy – niejasny – zastrzega brak wyrażenia zgody na podanie informacji o zrealizowanej umowie [która to umowa podlega rygorom ustawy Pzp] przez (...) na rzecz (...) — (...) w sposób inny, niż jako zastrzeżonej w drodze tajemnicy handlowej”. Ponadto to oświadczenie podpisane zostało niezgodnie z zasadą reprezentacji tego podmiotu, a mianowicie tylko przez jednego członka zarządu. Z kolei oświadczenie z dnia 31 lipca 2013 r. przedłożone na rozprawie – w ramach stanowisk końcowych – i jak wynika z jego treści wytworzone [podobnie jak – zdaniem Izby -

18

oświadczenie z dnia 26.06.2013 r.] na użytek postępowania odwoławczego, odnosi się do innego podmiotu [aczkolwiek być może z tej grupy kapitałowej], aniżeli wskazano w umowie, która została przedłożona na rozprawie i w której to umowie podmiot udostępniający zasoby występuje jako wykonawca, a nie - wbrew twierdzeniom pisma z dnia 31 lipca 2013 r. - jako podwykonawca. W konkluzji Izba stwierdza, że w odniesieniu do projektów zrealizowanych na rzecz sektora prywatnego dane zawarte w Wykazie usług (...) oraz w listach referencyjnych mogą korzystać tylko z częściowego zastrzeżenia, a mianowicie co do nazwy podmiotu na rzecz którego taka usługa została wykonana. Ta zasada może mieć zastosowanie także, co do usługi z sektora publicznego, do której odnosi się wskazane oświadczenie z dnia 26 czerwca i 31 lipca 2013 r., o ile wykonawca co najmniej usunie wątpliwości związane z datami wystawienia, jak również z treścią tych oświadczeń i wykaże realną przeszkodę ujawnienia tej usługi.

Odnosnie Wykazu osób (...) Izba uznała, że informacja związana z kompletowaniem zespołu specjalistów tj. informacja o osobach, z którymi prowadzi się negocjacje - w zasadzie – tak jak podnosi się w orzecznictwie - tylko na etapie przed złożeniem oferty mogłaby być uznana za informację obiektywnie poufną, zwłaszcza w przypadku rzadkich poszukiwanych na rynku specjalności i tym samym, jako tajemnica przedsiębiorstwa korzystać z ochrony przed jej ujawnieniem. Zdaniem Izby, z chwilą złożenia oferty, nie jest możliwe kwalifikowanie listy kandydatów, jako zawierającej informacje poufne, [zastrzeżone] korzystające z takiej ochrony, jak przewidziana dla tajemnicy przedsiębiorstwa i niepodlegającej ujawnieniu. Kandydaci bowiem po wyborze oferty danego wykonawcy zostaną skierowani do realizacji zamówienia i ta informacja obiektywnie stanie się jawną. W konkluzji Izba stwierdza, że wymienione wyżej informacje wynikające z Wykazu osób (...) nie spełniają przesłanek uznania ich w całości za tajemnice przedsiębiorstwa, gdyż mieszczą się one przede wszystkim, jak już wskazano, w katalogu dokumentów i informacji, których zamawiający może żądać w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego wyklucza w konsekwencji, co do zasady, możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności w całości. Stąd żądanie tylko częściowego zastrzeżenia danych z Wykazu osób (...) tylko, co do danych personalnych kandydatów [imion i nazwisk] – podlega uwzględnieniu, a to oznacza, że w pozostałym zakresie informacje w nim zawarte podlegają udostępnieniu.

W odniesieniu do punktu 2 Formularza ofertowego [część rzeczowo-ilościowa] Izba stwierdza, że wykonawcy Comarch Polska S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z

o.o., oraz COMPUGROUP MEDICAL POLSKA Sp. z o.o. nie udowodnili, że zawarte w nich informacje mają walor technologiczny i mogą korzystać z klauzuli zastrzeżenia.

Rozpatrując zarzut, w tym zakresie Izba miała na uwadze, że przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w załączniku nr 1 do specyfikacji, w którym określono cele i rezultaty oraz architekturę tego systemu jak również wymagania, co do produktów jak i licencji, zamieszczając w załącznikach szczegółową m.in. koncepcję architektury projektu technicznego (...), listę wymagań (...), klasyfikację typów danych (...) czy też licencjonowanie zamawianych systemów. Dla potrzeb sporządzenia w części technicznej oferty opracowano również w Formularzu oferty część rzeczowo-ilościową, podając w instrukcjach sposób wypełniania wymaganych kolumn. Wskazano również alternatywne możliwości dla licencji. Powoływana odpowiedź nr 428 z dnia 4 czerwca 2013 r. zezwalała na dodanie do formularza dodatkowych wierszy w przypadku oferowania więcej niż jednego produktu, jednakże z tej okoliczności nie można wywodzić uprawnień do zastrzeżenia pkt 2 w całości, jako zawierającego – w tych okolicznościach sprawy – informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba zwraca uwagę, że tą odpowiedzią Zamawiający nie tyle dopuścił modyfikację formularza, co umożliwił wykonawcom poszerzenie jego zawartości w uzasadnionym – jak powyżej wskazano – przypadku. Być może przedmiotem tego zamówienia, związanego z rozbudową infrastruktury teleinformatycznej podmiotów leczniczych, nie jest dostawa standardowego rozwiązania, chociażby z uwagi na jego duży niewątpliwie rozmiar dedykowany dla znaczącej liczby podmiotów [36]. Jednakże zdaniem Izby, dostarczenie i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego (...) oparte jest na dostawach standardowych rozwiązań, aczkolwiek różnorodnych rozwiązaniach, uwzględniających zindywidualizowane potrzeby tego postępowania, ale zdefiniowanych jednoznacznie przez Zamawiającego. Izba zwraca również uwagę, że to zamówienie niewątpliwie jest dedykowane do podmiotów działających na wysoce wyspecjalizowanym rynku, jakim jest rynek IT i tym samym ta okoliczność ma znaczenie przy ocenie skuteczności zastrzeżenia informacji takich jak podano w pkt 2 Formularza oferty. W konkluzji Izba stwierdza, że podziela pogląd Odwołującego, że formularz oferty w zakresie punktu 2 podlega ujawnieniu w całości, albowiem w tym przypadku wymagano skorzystania z systemu standardowego dostępnego na rynku, a ewentualna liczba licencji podana błędnie może powodować niezgodność oferty w takiej części i skutkować odrzuceniem oferty. Izba również przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że przedmiot zamówienia obejmuje dostawę gotowych komercyjnych rozwiązań i, że w praktyce modyfikacje mogą dotyczyć tylko niewielkiego zakresu i takich modyfikacji nie można uznać za rozwiązania autorskie w rozumieniu odrębnych przepisów, a tylko takie rozwiązania mogłyby powodować znacznie wyższe koszty, jednakże niemożliwe do poniesienia przez Zamawiającego w ramach tego

20

postępowania. Na marginesie Izba zauważa, że nawet Przystępujący wykonawcy nie wykazali zakresu modyfikacji wymaganej części rzeczowo – ilościowej, jak również jej ewentualnego wpływu na zakres bazowy [podstawowy] wymagany w pkt 2 formularza. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że w ofercie [na formularzu] obok punktu 2 - wykonawca Comarch zastrzeżeniem objął także pkt 3 do 9 Formularza, a wykonawca Enigma - pkt 3 do 8 [takie dokumenty zostały przekazane do akt sprawy w postępowaniu odwoławczym przez Zamawiającego], jednakże to nie było przedmiotem odwołania i tym samym w tej sprawie ma zastosowanie przepis art. 192 ust.7 ustawy Pzp, wyznaczający granice orzekania Izby.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

21

