**Sygn. akt: KIO 453/16**
**Sygn. akt: KIO 454/16**

**WYROK**
**z dnia 13 kwietnia 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**
**Członkowie: Magdalena Rams**
**Ewa Sikorska**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2016 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2016 roku przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II nr 39A, 31-864 Kraków (lider konsorcjum)** oraz **2) Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II nr 39A, 31-864 Kraków (sygn. akt: KIO 453/16),**

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2A, 02- 678 Warszawa (lider konsorcjum)** oraz **2) Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa (sygn. akt: KIO 454/16),**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01—748 Warszawa,**

**orzeka:**

1. Oddala oba odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie i Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt: KIO 453/16)** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się



o udzielenie zamówienia: **Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 454/16),** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie i Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt: KIO 453/16)** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 454/16),** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie i Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt: KIO 453/16)** na rzecz zamawiającego: **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 454/16)** na rzecz zamawiającego: **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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: ……**
**Członkowie: ……**
**……**



**Sygn. akt KIO 453/16**
**Sygn. akt KIO 454/16**

**UZASADNIENIE**

Zakład Ubezpieczeń Społecznych [zwany dalej: *„zamawiającym"]* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – w trybie przetargu ograniczonego - na realizację zadania pn.: „Świadczenie *usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS".* Postępowanie prowadzone jest na postawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ], zwanej dalej: „ustawą *Pzp".*

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2015/S 189-343230 w dniu 30 września 2015 roku.

W dniu 18 marca 2016 roku zamawiający poinformował obu odwołujących o podjęciu decyzji o odtajnieniu niektórych dokumentów załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

**Sygn. akt: KIO 453/16**

W dniu 29 marca 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą Krakowie (lider konsorcjum) oraz Comarch S.A. z siedzibą Krakowie [zwani dalej łącznie: *„odwołującym I"]* wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia i polegającej na podjęciu decyzji o odtajnieniu określonych zapisów niektórych pozycji Wykazu usług oraz referencji związanych z tymi pozycjami złożonych we wniosku odwołującego.

Odwołujący I zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez decyzję o odtajnieniu określonych zapisów niektórych pozycji Wykazu usług oraz referencji związanych z tymi pozycjami pomimo, że zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odnośnie których odwołujący w terminie składania wniosków zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W oparciu o powyższe odwołujący I wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o podjęciu decyzji o odtajnieniu określonych zapisów niektórych



pozycji Wykazu usług oraz referencji związanych z tymi pozycjami złożonych we wniosku odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący I podnosił, że pismem z dnia 18.03.2016 roku zamawiający poinformował go o „podjęciu decyzji o odtajnieniu" określonych kolumn z Wykazu usług dla niektórych pozycji, przy czym decyzja zamawiającego dotyczyła informacji zawartych w kolumnie: Odbiorca nazwa i adres oraz w kolumnie: Nazwa usługi (projektu) w pozycjach 4, 5, 10, 11 i 12 Wykazu usług. Ponadto, zamawiający zdecydował o odtajnieniu załączonych do Wykazu dowodów potwierdzających, że usługi, zwarte w przedmiotowych pozycjach, zostały wykonane należycie. Odwołujący I przytoczył uzasadnienie przedmiotowej decyzji, w której wskazano, iż: *"informacje o wykonaniu powyżej wskazanych usług są ogólnodostępne w Internecie, przede wszystkim na Państwa stronach Internetowych, gdzie w licznych artykułach szczycą się Państwo owocną*

*współpracą z powyżej wymienionymi klientami przy realizacji projektów informatycznych".*

Odwołujący I stwierdził, iż po zapoznaniu się z decyzją zamawiającego, w tym po szczegółowej analizie własnych stron internetowych oraz informacji dostępnych w Internecie, stwierdził, że nie zgadza się z oceną zamawiającego. Podkreślił również, że niezwłocznie po otrzymaniu informacji o podjętej przez zamawiającego decyzji złożył do zamawiającego wniosek o powstrzymanie się z udostępnieniem przedmiotowych informacji konkurentom odwołującego - do czasu uprawomocnienie się tej decyzji, a w razie wniesienia odwołania - do czasu wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym przedmiocie.

Odwołujący I podkreślił, że wszystkie informacje i referencje, które zamawiający zamierza udostępnić na zewnątrz, dotyczą umów zrealizowanych dla podmiotów prywatnych. Zauważył, że nie jest prawdą, iż wszystkie informacje zawarte w przedmiotowych referencjach są dostępne w Internecie. Odwołujący I stwierdził, iż w Internecie, w tym na stronach marketingowych odwołującego, dostępne są wyrywkowo niektóre informacje (poszczególne słowa, czy zdania), ale w żadnym przypadku nie jest dostępna całość treści zawartych w referencjach. Podniósł, że w referencjach, zostały podane projekty (ich nazwy), o których informacja w Internecie w ogóle nie jest dostępna (co dotyczy informacji zwartych w referencjach dla poz. 5). Nie zostały też ujawnione w Internecie obszerne i występujące w referencjach opisy wykonanych należycie usług (co dotyczy referencji ze wszystkich pozycji). W ocenie odwołującego I, w żadnym przypadku 100% treści zawartych w referencjach nie jest ogólnie dostępna publicznie, co wynika z prostego porównania wszystkich dostępnych w Internecie informacji – o charakterze marketingowym - z treścią referencji jakie zamawiający zamierza odtajnić.



---

Następnie, odwołujący I zauważył, że sam fakt, iż w obiegu marketingowym podaje się np. dane kontrahentów, nie oznacza jeszcze, iż zamawiający może odtajnić konkretne zapisy konkretnego Wykazu usług, tym samym ujawniając dane określonych klientów oraz nazwy projektów, do którego to Wykazu dobrano realizacje spośród dziesiątek klientów wykonawcy, o których wiedza też jest marketingowo dostępna w analogiczny sposób, czyli, że dokonano selekcji posiadanych przez wykonawcę „referencji" pod ściśle określonym kątem - tego konkretnego, unikalnie sformułowanego przetargu - zaś ich dobór i stwierdzenie, że akurat te konkretne projekty u tych konkretnych klientów spełniają wymagania postępowania, nie jest informacją dostępną w Internecie.

W dalszej kolejności odwołujący I podniósł, że w Internecie nie można też podjąć wiedzy, iż konkretne wdrożenie czy inne usługi na rzecz danego klienta wykonawcy (choćby nawet jego nazwa występowała w materiałach marketingowych) posiadają szczegółowe cechy pozwalające na spełnienie warunków brzegowych w postępowaniu. Natomiast po odtajnieniu taka wiedza będzie dostępna i będzie to jedyne dostępne źródło tej wiedzy, którym nie jest Internet. Wiedza ta będzie wynikać z odtajnienia Wykazu usług w zapowiadanym przez zamawiającego zakresie - w zestawieniu z układem i opisem Wykazu - który podaje ponad tabelami szczegółowy zakres wymaganych usług. Zdaniem odwołującego I, zestawienie tych dwóch informacji da wiedzę, co do szczegółowego zakresu wykonanych umów, która nie jest nigdzie dostępna w Internecie i nie wynika w całości nawet z referencji załączonych do Wykazu. Podkreślił, że szczegółowe zapisy umów realizowanych na rzecz kontrahentów wykonawcy nie są publicznie dostępne ani znane, zwłaszcza nie występują w Internecie.

W oparciu o powyższe odwołujący I wnosił o uwzględnienie odwołania, a nadto wskazał na przysługujące mu uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 11 kwietnia 2016 roku zamawiający złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (objętą tajemnicą przedsiębiorstwa).

**Sygn. akt: KIO 454/16**

W dniu 29 marca 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) oraz Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [zwani dalej łącznie: *„odwołującym II"]* wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej

na uznaniu informacji zawartych na stronach 275 - 285 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez odwołującego, w zakresie listy podmiotów wchodzących



w skład grupy kapitałowej spółki HPE oraz informacji zawartych na stronach 262 - 273 wniosku, stanowiących uzasadnienie poufności, jako niebędących informacjami zawierającymi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższe odwołujący II wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o:
1) powtórzenie czynności badania i oceny wniosku w zakresie uzasadnienia dotyczącego utajnienia listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej HPE oraz treści zawartego we wniosku uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa;
2) uznanie, że odwołujący wykazał w terminie składania wniosku, że informacje zastrzeżone przez odwołującego na stronach 275-285 i 262-273 tego wniosku to informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II wskazał, że informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania powziął w dniu 18 marca 2016 roku, kiedy to otrzymał za pośrednictwem faksu informację o czynności zamawiającego polegającej na uznaniu informacji zawartych na stronach 275-285 wniosku w zakresie listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej spółek będących odwołującym oraz informacji zawartych na stronach 262-273 wniosku, stanowiących uzasadnienie poufności, jako niebędących informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący II podniósł także, iż pismem z dnia 25 marca 2016 roku, skierowanym do zamawiającego, dodatkowo podkreślił przyczyny utajnienia informacji dotyczących listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej HPE oraz informacji stanowiących uzasadnienie poufności, wnosząc o zmianę decyzji zamawiającego w tym zakresie.

Odwołujący II stwierdził, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada jawności postępowania nie jest jednak bezwzględna i doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie Pzp. Podniósł, że dochował wszelkich wymagań formalnych wynikających z prawa zamówień publicznych w celu utajnienia określonych informacji we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący II wskazał, że warunkiem formalnym dla zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest jego dokonanie nie później niż w terminie składania ofert (lub odpowiednio wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) i wykazanie podstaw zastrzeżenia oraz, że uczynił zadość przedmiotowym wymaganiom, przedstawiając zamawiającemu we wniosku szerokie i wyczerpujące uzasadnienie dokonanej przez siebie kwalifikacji tej części informacji, jaka została określona we wniosku,



jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Następnie podał, że wykazał, iż zaistniały wszystkie trzy wymagane przesłanki wynikające z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. utajnione dokumenty mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosząc się do informacji zawartych w załączniku nr 13 do wniosku („Lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej”) odwołujący II wskazał, iż wykazany został charakter organizacyjny i wartość gospodarcza listy podmiotów z grupy kapitałowej, do której należy HPE, a nadto wykazany został brak ujawnienia przez HPE do wiadomości publicznej informacji o liście podmiotów wchodzących w skład jego grupy kapitałowej. Odwołujący II podkreślił, iż we wniosku podał szereg niezbędnych działań, które HPE podjęło w celu zachowania w poufności informacji, dotyczących listy jego grupy kapitałowej.

Następnie podniósł, że lista podmiotów określona na stronie internetowej, na którą

powołuje się zamawiający w piśmie z dnia 17 marca 2016 roku, jest dokumentem nieaktualnym i niekompletnym, co wynika z faktu, że na przedmiotowej liście ujęto podmioty obecnie nieistniejące, a także z zakresu, w jakim lista ta rozmija się z listą przedstawioną przez odwołującego w załączniku nr 13 do wniosku. Odwołujący II podkreślił, iż przymiot informacji mają nie tylko pojedyncze informacje, ale także zbiory informacji, które mają dla przedsiębiorców wartość gospodarczą. W ocenie odwołującego II zbiory te powinny być traktowane jako zastrzeżony zestaw informacji, nawet w przypadku, gdy pewne ich elementy stanowią informacje jawne, na potwierdzenie czego powołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 roku o sygn. akt V CSK 444/2006. Stwierdził, że zestaw informacji wskazanych przez niego w załączniku nr 13 do wniosku w zakresie dotyczącym podmiotów z grupy kapitałowej HPE, który został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie był udostępniany przez HPE w sposób publiczny, w szczególności nie został zamieszczony na żadnych stronach internetowych HPE, a ponadto HPE zadbało o zachowanie poufności tych informacji, między innymi poprzez zobowiązanie swoich pracowników, współpracowników oraz kontrahentów do zachowania poufności tych danych. Dodatkowo, do stosowania takich klauzul oraz do zachowania poufności tych informacji HPE zobowiązane jest także na podstawie wewnętrznych regulacji obowiązujących w grupie kapitałowej, do której należy. Zdaniem odwołującego II, zamawiający badając zasadność utajnienia listy podmiotów z grupy kapitałowej HPE, nie dochował należytej staranności, gdyż niezasadne jest przyjmowanie jawności tej części załącznika nr 13 do wniosku na podstawie przytoczonych przez zamawiającego dokumentów. Odwołujący II



podniósł również, że lista informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym. Następnie, wskazał na niekonsekwencję w postępowaniu zamawiającego, stwierdzając, iż HPE wielokrotnie uczestniczyło w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego i każdorazowo utajniało listę podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, a zamawiający, jak dotychczas, nie dokonał nigdy odtajnienia listy podmiotów z grupy kapitałowej HPE. Ponadto, postępowania te były niejednokrotnie przedmiotem kontroli Krajowej Izby Odwoławczej w ramach postępowań odwoławczych i ani wykonawcy biorący udział w tych postępowaniach, ani Krajowa Izba Odwoławcza nie zakwestionowała w swoich orzeczeniach zasadności zastrzegania przez HPE listy podmiotów należących do grupy kapitałowej jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z kolei odnosząc się do kwestii odtajnienia elementów treści zawartego we wniosku uzasadnienia prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący II podnosił, że treść zawartego we wniosku uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, powinna pozostać chroniona w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zwrócił uwagę, że nawet jeżeli informacje i sformułowania zawarte w uzasadnieniu mają ogólny charakter, to jednoznacznie pozwalają na zidentyfikowanie jakie elementy zostały określone przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przykładowo wskazał na sytuację, w której odtajnienie takich części uzasadnienia, jakie dotyczą traktowania jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji z zakresu potencjału osób trzecich, nawet jeśli mają one ogólny charakter, będzie bezpośrednio wskazywało na fakt, iż wykonawca w pewnym zakresie korzysta w postępowaniu z zasobów osób trzecich. Jego zdaniem, ujawnienie takiej informacji ma duże znaczenie, gdyż daje konkurentom informację o tym, że odwołujący w pewnym zakresie nie dysponują własnym potencjałem, jaki może być im potrzebny do przygotowania oferty i późniejszej jej realizacji, przy czym jest to szczególnie istotna informacja zwłaszcza w przedmiotowym postępowaniu, gdzie jeden z uczestników, dostarczający dotychczas usługi będące przedmiotem postępowania, ma dużą przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami biorącymi udział w postępowaniu. Stwierdził ponadto, iż treść uzasadnienia jako zestaw informacji zasługuje na ochronę mimo, że pewne elementy tegoż uzasadnienia mogą być publicznie dostępne.

Następnie powołał się na postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 64/15, w którym to wykonawca Asseco Poland S.A. zarzucał zamawiającemu m.in. zaniechanie odtajnienia wyjaśnień, zawierających także uzasadnienie zasadności ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

przez występujące wspólnie spółki Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. i Kamsoft S.A., stwierdzając, iż przedmiotowe wyjaśnienia powinny podlegać ujawnieniu z uwagi na to, że zapewne zawierają oprócz informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa także cytaty z orzecznictwa np. Krajowej Izby Odwoławczej, natomiast Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zasadnym było zastrzeżenie przez wykonawcę całości przedmiotowych wyjaśnień i nie nakazała ujawniania nawet tych części wyjaśnień, które mogłyby zawierać ogólną argumentację czy przywołanie orzecznictwa potwierdzającego przedstawioną argumentację.

Na marginesie odwołujący II wskazał, że nawet w sytuacji, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza inaczej oceniłaby zasadność objęcia zastrzeżeniem poufności także uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowiącego część wyjaśnień, to należałoby uznać, iż brak jest podstaw do ujawniania innym wykonawcom jakichkolwiek elementów tego uzasadnienia innych niż przywołane w nim orzecznictwo.

W oparciu o powyższe odwołujący II wnosił o uwzględnienie odwołania.

W dniu 11 kwietnia 2016 roku zamawiający złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (objętą tajemnicą przedsiębiorstwa).

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, zarówno w sprawie KIO 453/16, jak i w sprawie KIO 454/16.

W dniu 1 kwietnia 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Atos Polska S.A. z siedzibą w Łodzi (lider konsorcjum) oraz 2) Atos IT Services Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie KIO 453/16 oraz po stronie zamawiającego w sprawie KIO 454/16.

Ponadto, w dniu 1 kwietnia 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Comarch Polska S.A. z siedzibą Krakowie (lider konsorcjum) oraz 2) Comarch S.A. z siedzibą Krakowie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie KIO 454/16

Także w dniu 1 kwietnia 2016 roku wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie KIO 453/16 oraz KIO 454/16.



Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Ponadto, zgodnie z art. 185 ust. 3 ustawy Pzp *Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.*

Natomiast przepis art. 185 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że: *Zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddala opozycję. Postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji Izba może wydać na posiedzeniu niejawnym. Na postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji nie przysługuje skarga.*

Izba, uwzględniła opozycję zamawiającego przeciw przystąpieniu wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących, zgłoszoną w trakcie posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 kwietnia 2016 roku, tj. przeciw przystąpieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: Atos Polska S.A. z siedzibą w Łodzi i Atos IT Services Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie po stronie odwołującego w sprawie KIO 453/16 oraz przeciw przystąpieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą Krakowie i Comarch S.A. z siedzibą Krakowie po stronie odwołującego w sprawie KIO 454/16.

Izba uznała, że w/w wykonawcy w pismach zawierających zgłoszenie przystąpienia nie wykazali interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony odwołującej. Słusznie też zamawiający zauważył, że przedmiotem obu odwołań jest kwestia tajemnicy zawartej we wnioskach wykonawców odwołujących się. Trudno zatem byłoby wywodzić w takiej sytuacji interes innego wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte właśnie na korzyść odwołującego przez unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odtajnieniu określonych dokumentów zawartych w ofercie czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu innego wykonawcy.



Ponadto, Izba uwzględniła opozycję odwołującego II (KIO 454/16) przeciw przystąpieniu wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 454/16, tj. przeciw przystąpieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Atos Polska S.A. z siedzibą w Łodzi i Atos IT Services Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz przeciw przystąpieniu wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Izba podzieliła w tym zakresie argumentację przedstawioną przez odwołującego II, iż w/w wykonawcy nie wykazali interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Atos Polska S.A. z siedzibą w Łodzi i Atos IT Services Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie powoływali się jedynie na możliwość naruszenia podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zasady jawności). Natomiast wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie w sposób ogólny wywodził, iż w sytuacji uwzględnienia odwołania jego szanse na uzyskanie zamówienia uległyby zmniejszeniu, nie wskazując jednak dlaczego, jak i wskazywał na możliwość następczego unieważnienia postępowania. Wobec powyższego, mając na uwadze również zakres odwołania, Izba uznała, że w/w wykonawcy w pismach zawierających zgłoszenie przystąpienia nie wykazali interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Ponadto, w stosunku do wykonawcy Asseco Poland S.A. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 453/16 Izba uznała, że wykonawca ten nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, czyli nie wypełnił przesłanki określonej w art. 185 ust. 2 Pzp. Wykonawca przedstawił w tej sprawie identyczne uzasadnienie swojego interesu, jak w sprawie o sygn. akt: KIO 454/16, tj. podnosił, że w sytuacji uwzględnienia odwołania jego szanse na uzyskanie zamówienia uległyby zmniejszeniu, nie wskazując jednak dlaczego, a nadto wskazywał na możliwość następczego unieważnienia postępowania.

Izba zauważa, że choć interes wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego powinien być szeroko rozumiany, to jednak wykonawcy powinni wskazać na czym polega interes w odniesieniu do ich sytuacji w danym postępowaniu, nie zaś powoływać się ogólnie na konieczność przestrzegania przepisów prawa, czy na możliwość następczego unieważnienia postępowania.

Następnie Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że obu odwołującym, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują*



*wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*

*prowadzonym przez Zamawiającego,* przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania w tym z: ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania w trybie przetargu ograniczonego, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez obu odwołujących, w szczególności w zakresie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez odwołujących, będących przedmiotem odwołań, korespondencji zamawiającego z wykonawcami, w tym pism zamawiającego skierowanych do obu odwołujących, dotyczących informacji o podjęciu decyzji o odtajnieniu części wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pisma odwołującego I z dnia 18.03.2016 roku o powstrzymanie się przez zamawiającego z przekazaniem odtajnionych informacji do wiadomości publicznej oraz pisma odwołującego II z dnia 25.03.2016 roku w przedmiocie konieczności utajnienia informacji zawartych we wniosku tego wykonawcy.

Ponadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego wydruki ze stron internetowych, załączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołania oraz złożone na rozprawie przez odwołującego I wydruki z jego strony internetowej, a dotyczące referencji, klientów i zrealizowanych projektów.

Oświadczenie wykonawcy Comarch S.A. złożone na rozprawie przez odwołującego I, dotyczące potwierdzenia liczby umów zawartych z klientami (z odtajnionych pozycji) i wskazujące, że informacje marketingowe nie pozwalają na identyfikację konkretnych, wybranych umów ani zakresu zobowiązań wynikającego z tych umów dla konkretnych klientów na poziomie szczegółowości określonym w warunkach udziału w konkretnym postępowaniu przetargowym, Izba uwzględniła jako stanowisko własne odwołującego I.

Odnosząc się do dokumentu, złożonego przez odwołującego II w trakcie rozprawy, tj. Standardy działania w biznesie HP wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego (m.in. dot. ochrony informacji wrażliwych) Izba uznała, że jest on nieprzydatny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, ponieważ zawiera on jedynie wytyczne, dotyczące postępowania z danymi wrażliwymi, nie przesądza natomiast, które z tych informacji HP uznaje za informacje wrażliwe.



---

Odwołujący I zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez decyzję o odtajnieniu określonych zapisów niektórych pozycji Wykazu usług oraz referencji związanych z tymi pozycjami pomimo, że zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odnośnie których odwołujący w terminie składania wniosków zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby zarzuty odwołującego I nie potwierdziły się.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Z kolei przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż: *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.*

Z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [j.t. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.] wynika, iż: *Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, organizacyjne lub inne informacje technologiczne, przedsiębiorstwa posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.*

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi

tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie, zamawiający w sposób prawidłowy zweryfikował zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części wniosku odwołującego I, w następstwie czego odtajnił Wykaz usług oraz referencje we wskazanym przez siebie zakresie.

Należy wskazać, że zamawiający odtajnił Wykaz usług jedynie w zakresie kolumn dotyczących: nazwy i adresu odbiorcy oraz nazwy usługi w poz. 4, 5, 10, 11 i 12 oraz referencje potwierdzające należyte wykonanie usług wymienionych w tych pozycjach.



Zamawiający nie odtajnił natomiast pozostałych informacji zawartych w przedmiotowym Wykazie, w tym informacji zawartych w kolumnach dotyczących: opisu przedmiotu wykonywanej usługi, wartości brutto usługi utrzymywania, czy daty wykonania.

Przede wszystkim zamawiający wykazał, że informacje o kontrahentach odwołującego I i świadczonych przez odwołującego I na ich rzecz usług są dostępne na stronach internetowych samego odwołującego I, a zatem jako ujawnione do wiadomości publicznej nie spełniają jednej z podstawowych przesłanek do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. W załączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie wydrukach ze stron internetowych odwołującego I zawarte zostały informacje wskazujące na odbiorców usług wymienionych w w/w odtajnionych pozycjach Wykazu usług, a także informacje odnoszące się do zrealizowanych na rzecz tych odbiorców projektów.

Ponadto, jak słusznie zamawiający wskazał na rozprawie, zarówno odtajnione pozycje Wykazu, jak i same referencje, pozostają na dużym stopniu ogólności i nie zawierają szczegółowych informacji na temat wymienionych usług. Może za wyjątkiem referencji, odnoszących się do pozycji 12 Wykazu usług. Jednak w tym przypadku należy wskazać, że na stronie internetowej odwołującego I, (której wydruk złożył zamawiający), również przedstawiony został dość szczegółowy zakres świadczonej przez odwołującego I usługi, pokrywający się z informacjami wynikającymi z referencji, załączonej do wniosku.

Nie można się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego I, że już sam dobór określonych usług pod kątem tego konkretnego przetargu, może stanowić okoliczność przesądzającą o uznaniu danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy wskazać, że warunki określone w tym postępowaniu określają pewne wymagania minimalne i nie określają specyfiki danej usługi w sposób skonkretyzowany.

Ponadto, zdaniem Izby, odwołujący I nie wykazał, że informacje, co do których zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu, spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie wykazał, w szczególności, że informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz, że mają wartość gospodarczą tj. dotyczą kwestii, których ujawnienie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację odwołującego.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 sierpnia 2015 roku, wydanym w sprawach o sygn. akt: KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15: *„Dla uznania bowiem słuszności zastrzeżenia określonych informacji nie wystarczy odwołać się do ogólnikowych stwierdzeń i niczym nie popartych oświadczeń wykonawców o tym, iż informacje mają znaczenie gospodarcze, zaś na skutek ich ujawnienia przedsiębiorca będzie potencjalnie narażony na szkodę poprzez utraty pozycji rynkowej. Wykonawcy winni*



*wykazać Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowe – skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona.”.*

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

**Sygn. akt: KIO 454/16**

Odwołujący II wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na uznaniu informacji zawartych na stronach 275 - 285 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez odwołującego, w zakresie listy podmiotów wchodzących

w skład grupy kapitałowej spółki HPE oraz informacji zawartych na stronach 262 - 273 wniosku, stanowiących uzasadnienie poufności, jako niebędących informacjami zawierającymi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba uznała, że zarzuty odwołującego II nie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że przywołane przepisy prawa oraz przedstawioną przy sprawie o sygn. akt KIO: 453/16 argumentację odnoszącą się do ogólnych kwestii związanych z zastrzeżeniem określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, należy uznać za aktualne również w sprawie o sygn. akt KIO: 454/16.

W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie, zamawiający w sposób prawidłowy zweryfikował zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części wniosku odwołującego II, w następstwie czego odtajnił w zakresie przez siebie wskazanym listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przede wszystkim odwołujący II w żaden sposób nie wykazał, że informacje, co do których zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie wykazał, w szczególności, że informacje te posiadają charakter organizacyjny lub wartość gospodarczą oraz, że ich ujawnienie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację odwołującego.

Odnosząc się do listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, w zakresie w jakim została ona odtajniona przez zamawiającego, to w pierwszej kolejności



stwierdzić należy, jak słusznie zamawiający zauważył, że lista ta zawiera jedynie informacje dotyczące nazw podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. i nie sposób z niej wywieść, jak twierdził odwołujący II, zasad działania samej grupy kapitałowej. Odwołujący II podnosił również w trakcie rozprawy, że istotne znaczenie dla konkurencji mogą mieć informacje, że np. dany podmiot wchodzący w skład grupy kapitałowej ma siedzibę w określonym państwie i korzysta z preferencji podatkowych wynikających z przepisów prawa obowiązujących w tym państwie, jednak nie wykazał w żaden sposób, że ujawnienie takiej informacji w istocie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację odwołującego.

Ponadto, należy wskazać, iż załączony przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie wydruk ze strony Amerykańskiej Komisji Papierów Wartościowych i Giełd, odnoszący się do Hewlett Packard Enterprise Company i wskazujący na powiązania pomiędzy podmiotami, w tym również Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., którego następcą prawnym jest Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. (co wykazał zamawiający w toku rozprawy), w istocie wskazuje na powiązania pomiędzy podmiotami, których nazwy zostały odtajnione w ramach listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

Z kolei odnosząc się do wyjaśnień odwołującego II w przedmiocie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w zakresie w jakim zamawiający podjął decyzję o ich odtajnieniu to stwierdzić należy, że zawierają one wyłącznie ogólne sformułowania odnoszące się do sytuacji odwołującego II, nadto zawierają przywołane w szerokim zakresie orzecznictwo i nie sposób uznać, że posiadają one jakikolwiek walor techniczny, technologiczny, organizacyjny czy gospodarczy. Izba nie podziela stanowiska odwołującego II, iż wyjaśnienia te obrazują szczegółowe zasady działania grupy kapitałowej wykonawcy odwołującego się. Jedynie, w sposób ogólny odnoszą się do powodów tworzenia grup kapitałowych i korzyści z tym związanych.

Z kolei twierdzenia odwołującego II, że z odtajnionej części wyjaśnień konkurencyjni wykonawcy powezmą informację o korzystaniu przez niego z zasobów podmiotów trzecich i w ten sposób dowiedzą się, że odwołujący w pewnym zakresie nie dysponuje własnym potencjałem, nie dowodzą w żaden sposób konieczności objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Stwierdzić bowiem należy, że informacja ta w tym zakresie, w złożonych przez odwołującego II wyjaśnieniach, została przedstawiona w sposób ogólny, nie obrazuje zakresu korzystania z potencjału podmiotów trzecich, nie wskazuje również na podmioty udostępniające ten potencjał, a nadto odwołujący II w żaden sposób nie wykazał wartości gospodarczej czy charakteru organizacyjnego tej informacji. Nie sposób uznać, że już sam

fakt korzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotów trzecich, stanowi wystarczającą



przesłankę do objęcia tej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, tym bardziej, że już w treści odwołania odwołujący II wskazuje na tą okoliczność.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b), § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań oraz uznała za zasadne koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie po 3 600 zł (łącznie 7 200 zł), zgodnie ze złożonymi na rozprawie rachunkami.

**Przewodniczący:** ……..…...
**Członkowie:** ……..……...
……..……