

WYROK
z dnia 16 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lutego 2016 r. przez wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Muszkietarów 15, 02-273 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., ul. Mysia 2, 00-496 Warszawa,**

przy udziale wykonawców:

- A. **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,**
- B. **Egida IT Solutions Sp. z o.o., ul. Niegolewskiego 17, 01-570 Warszawa**
- C. **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Muszkietarów 15, 02-273 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów

1

postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Muszkietarów 15, 02-273 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

2

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z Warszawy [Odwołujący]** w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164], którego przedmiotem jest „Zarządzanie drukiem biurowym.” Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy, Zamawiający - **PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z Warszawy** naruszył art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, albowiem niezasadnie zaniechał odtajnienia części ofert złożonych w tym postępowaniu przez wykonawcę: **Asseco Poland S.A, Wasko S.A. oraz Egida IT Solutions Sp. z o. o.,** pomimo, że zastrzeżone dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym naruszył art. 7 ust. 1 tej ustawy w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503). Niezasadne zastrzeżenie, dotyczy w przypadku oferty:

1. **Asseco Poland S.A (Asseco):** (1) wykazu wykonanych dostaw, usług serwisu i wdrożeń wraz z potwierdzeniem ich należytego wykonania; (2) wykazu osób; (3) zobowiązań podmiotów trzecich wraz z dokumentami dotyczącymi tych podmiotów; (4) informacji o podwykonawcy; oraz (5) wykazu licencji;

2. Wasko S.A. (Wasko): (1) uzasadnienia zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty; (2) wykazu wykonanych dostaw, usług serwisu i wdrożeń wraz z potwierdzeniem ich należytego wykonania; (3) opisu technicznego oferowanych urządzeń; (4) wykazu osób; oraz (5) informacji o podwykonawcy;
3. Egida IT Solutions Sp. z o. o. (Egida): (1) uzasadnienia zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty; (2) wykazu wykonanych dostaw, usług serwisu i wdrożeń wraz z potwierdzeniem ich należytego wykonania; (3) wykazu osób; (4) wykazu licencji; oraz (5) opisu technicznego zaofiarowanych urządzeń; (6) informacji o podwykonawcy.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odtajnienia części ofert Asseco, Wasko i Egida w zakresie wskazanym. Stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył w postępowaniu ofertę zawierającą najniższą cenę. Oprócz Odwołującego oferty w postępowaniu złożyli jeszcze czterej wykonawcy, z czego trzech zastrzegł znaczne części złożonych ofert. Odtajnienie ofert we wskazanym zakresie umożliwi mu ich weryfikację pod względem zgodności ze specyfikacją. Weryfikacja ofert innych wykonawców pod względem ich zgodności z SIWZ ma znaczenie dla Odwołującego, ponieważ w przypadku ich niezgodności, Zamawiający będzie miał obowiązek ich odrzucenia. Odrzucenie ofert trzech wykonawców z Postępowania spowoduje, iż Zamawiający nie przeprowadzi aukcji elektronicznej i wybierze ofertę z

3

najniższą ceną, czyli ofertę Odwołującego. Cena w niniejszym Postępowaniu stanowi 90% kryterium oceny ofert, pozostałe 10% to kryterium kompatybilności systemu CSW (Centralnego Systemu Wydruku). Przy czym różnica pomiędzy ceną z oferty Odwołującego, a drugą najkorzystniejszą (Ricoh Polska Sp. Z o. o.) jest na tyle duża, że nawet w przypadku otrzymania przez Odwołującego 0 pkt za kryterium kompatybilności, to oferta Odwołującego nadal będzie ofertą najkorzystniejszą. Nieuwzględnienie niniejszego odwołania uniemożliwi Odwołującemu weryfikację zgodności ofert Asseco, Wasko i Egida z SIWZ, czego skutkiem może być przeprowadzenie przez Zamawiającego aukcji elektronicznej w wyniku której oferta Odwołującego może przestać być ofertą najkorzystniejszą. To z kolei spowoduje poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie. Powyższe okoliczności wyczerpują przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkujące wniesienie odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania, wskazując na powołane powyżej przepisy oraz orzecznictwo, w tym Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności podał, że Zamawiający zaniechał odtajnienia części ofert Asseco, Wasko i Egida, pomimo, że informacje tam zawarte nie spełniają przesłanek koniecznych do uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wydaje się, że Zamawiający nie przeanalizował w sposób należyty zakresu zastrzeżonych informacji. Niektóre z nich bowiem faktycznie zasługują na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa np. treść licencji, inne natomiast nie spełniają przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 UZNK, np. opis techniczny oferowanych urządzeń, wykaz licencji czy informacja o podwykonawcy. Stwierdził jednocześnie, że nie zna uzasadnienia utajnienia części ofert wykonawców Wasko oraz Egida, co uniemożliwia mu weryfikację zasadności zastrzeżeń. Jego zdaniem, uzasadnienie nie powinno być traktowane, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołującemu zostało udostępnione jedynie uzasadnienie objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie wykonawcy Asseco, przy czym jest ono ogólne i nie uzasadnia zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnych dokumentów, a jedynie niektórych z nich argumentując, że „Informacje należy brać pod uwagę, jako jedną całość składającą się na treść dokumentu, nie mogą one być wyrywkowo wyciągane z kontekstu, ponieważ w taki sposób mogłoby pośrednio dojść do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa” oraz „zastrzeżone informacje, jako całość nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Taka argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ jest ona sprzeczna z naczelną zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Każde postępowanie jest Inne, w każdym zamawiający oczekują dostarczenia innych informacji, na Innych formularzach, jest więc oczywistym iż ten konkretny zestaw informacji jako całość nie został jeszcze ujawniony do wiadomości publicznej. Nie uzasadnia to jednak w żaden sposób utajnienia tak ogromnej części oferty, w dodatku bez należytego uzasadnienia przez podmiot zastrzegający. Uznanie tej argumentacji za słuszną

4

doprowadziłoby do zasadny niejawności, która obecnie ma być wyjątkiem od reguły, a nie stanowić regułę. Zastrzeżenie to nie posiada zatem podstaw ani prawnych, ani merytorycznych, i w ocenie Odwołującego zostało ono dokonane wyłącznie w celu utrudnienia konkurowania w przedmiotowym postępowaniu innym wykonawcom. Odwołujący nie zna treści uzasadnienia zastrzeżenia, jako tajemnicy pozostałych wykonawców - Wąsko i Egida, jednak można z wysokim prawdopodobieństwem stwierdzić, że zastrzeżenie dokonane przez te podmioty ma ten sam cel. Konsekwencją zastrzeżenia części ofert i ich nie odtajnienie przez Zamawiającego stanowi naruszenie naczelných zasad postępowania w trybie zamówień publicznych. Wykonawca podał, że w świetle dorobku orzeczniczego KIO, zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie badać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego, jako tajny, czy zachodzą przesłanki do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść a nie nazwa dokumentu. Ocena, czy informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie, jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 8 ust 1-3 Pzp. Dalej podał, że wykonawcy (Asseco, Wasko i Egida) zastrzegali jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz wykonanych: 1) dostaw urządzeń wielofunkcyjnych, 2) usług serwisu urządzeń wielofunkcyjnych oraz 3) wdrożeń systemu zarządzania wydrukiem wraz z potwierdzeniami ich należytego wykonania. Zastrzeżenie wymienionych wykazów nie spełnia przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje o wykonanych dostawach, świadczeniu usług serwisu i wykonanych wdrożeniach są to informacje powszechnie dostępne. Spółki chwalą się wykonanymi zleceniami w celu potwierdzenia swojej wiarygodności i pozyskania klientów. Odwołujący bez problemu znalazł tego typu informacje w odniesieniu do wykonawców, których dotyczy niniejsze Odwołanie na następujących stronach: jednostek sektora finansów publicznych. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest Informacja dotycząca umów zawartych z jednostkami sektora finansów publicznych, gdyż takie informacje objęte są zasadą jawności i są dostępne w trybie dostępu do informacji publicznej. Na utajnienie nie zasługują również referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. Referencje są dokumentem, w którym podmiot wystawiający oświadcza wobec nieograniczonej i nieoznaczonej liczby podmiotów, że określony podmiot (wykonawca) należyście wykonał określone zadanie. Tym samym już z definicji referencji wynika, że są one kierowane do wszystkich podmiotów, które mogą być zainteresowane poznaniem ich treści. W treści przedmiotowych referencji Przystępującego nigdzie nie zostało wskazane, że ich treść ma charakter poufny i nie mogą być one okazywane podmiotom trzecim. Brak jest zastrzeżenia poufności w treści tych referencji lub zastrzeżenia, że ich okazaniem podmiotom trzecim każdorazowo wymaga zgody podmiotów wystawiających referencje. Co więcej, w treści tych dokumentów znajdują się jedynie informacje na temat podmiotu wystawiającego referencje, zadania, jakie zostało wykonane i

5

ogólne nazwy producentów oprogramowania. Dokumenty referencji potwierdzają należyte wykonanie zadania. Zawierają ocenę sposobu wykonania zadania. Nie sposób więc uznać, aby tego rodzaju informacje, jakie znalazły się w referencjach przedstawionych przez Przystępującego, miały charakter poufny lub mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, nie podjęli nawet próby wykazania, że referencje zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub jakimkolwiek innym charakterze, który mógłby podlegać ochronie. W stosunku do żadnego z tych dokumentów nie wykazano, że podjęto jakiekolwiek działania celem ich utajnienia. Tym samym, nie spełniono podstawowych przesłanek, o których mowa w art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a których spełnienie jest niezbędne, aby dane informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa." Jego zdaniem, Zamawiający zaniechał odtajnienia ofert wykonawców Asseco, Wasko i Egida, którzy zastrzegali, jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wykaz osób, pomimo że dokumenty te zostały sporządzone według wzorów opracowanych i narzuconych przez Zamawiającego. Zamawiający biorąc pod uwagę zarówno przepisy prawa jak i ugruntowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej powinien odtajnić powyższe informacje. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, w szczególności w zbliżonym stanie faktycznym, że „Informacje opracowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez zamawiającego w SIWZ a więc jawne, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa". Stwierdził także, że wykonawcy zobowiązani byli jedynie do odpowiedzi na szczegółowo sformułowane wymagania Zamawiającego i do uzupełnienia

formularzy w kształcie zaprojektowanym detalicznie przez Zamawiającego. Informacjami nie pochodzącymi od Zamawiającego są oczywiście informacje o osobach, które będą wykonywały zamówienie. Te jednak nie mogą stanowić informacji, która mogłaby być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. W dobie Internetu i powszechnego dostępu do informacji ustalenie pracowników wykonawców nie stanowi problemu. Portale typu linkedin.com ułatwiają to zadanie, gdyż pracownicy poszczególnych firm sami tworzą swoje profile udostępniając informacje o posiadanym doświadczeniu, umiejętnościach, zdobytych certyfikatach czy wykonanych projektach. Informacje te, jako powszechnie dostępne nie spełniają zatem przesłanki pozwalającej na uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Powołał się na orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie w jednym z wyroków Izba uznała, że (...) w ocenie Izby nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa dokumenty stanowiące wykaz osób, które będą realizowały zamówienie, przedstawiony na stronach 76-82 oferty Przystępującego. (...) Ponownie, poza ogólnymi sformułowaniami w treści wyjaśnień, brak jest jakichkolwiek dowodów na okoliczność zawarcia umów z

o poszczególnych pracownikami. Stwierdzenie

Przystępującego „podkupowaniu pracowników”, również nie zostało w żaden sposób wykazane. Takie stwierdzenie można

6

odnieść do każdej branży i każdego postępowania przetargowego. Zmiana pracodawcy w wyniku inicjatywy pracownika jest elementem normalnej gry rynkowej, a Przystępujący nie wykazał, aby w tym konkretnym postępowaniu, przysługujące każdemu pracownikowi prawo do rozwiązania umowy o pracę prowadziło do naruszenia praw Przystępującego. Także w odniesieniu do wykazu osób, które realizowały będą zamówienie, nie została wykazana żadna z przesłanek, o których mowa w art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tylko łączne spełnienie przesłanek, o których mowa w tym przepisie, pozwala na uznanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Wymienieni wykonawcy: Asseco, Wasko i Egida zastrzegli, jako tajemnicę przedsiębiorstwa Informację o podwykonawcy. Zastrzeżenie tej informacji nie zasługuje na uwzględnienie. Po pierwsze, ciężko uznać, że informacja taka posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą, skoro w momencie składania ofert wszyscy wykonawcy musieli już podjąć decyzję, co do tego, czy i jaki podmiot będzie wykonywał część prac, jako podwykonawca. Nie ma więc możliwości „podkupienia” podwykonawcy, czy też innych działań mających na celu przeszkodę w podjęciu współpracy, skoro współpraca ta jest już podjęta i zarówno Wykonawcy, jak i ich planowani podwykonawcy, z pewnością wprowadzili do umów odpowiednie zabezpieczenia mające na celu gwarancję trwałości współpracy. Po drugie, informacja ta przestanie być informacją „tajną” w trakcie wykonywania zamówienia. Dalej podał, że bezzasadność utajniania Informacji o podwykonawcach potwierdza w orzecznictwa Krajowa Izba Odwoławcza i tym samym, informacje dotyczące opisu technicznego oferowanych urządzeń, które zostały zastrzeżone przez Wasko i Egida nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nie można za taką tajemnicę uznać nazw standardowych produktów powszechnie dostępnych na rynku, reklamowanych, znanych powszechnie i ujawnionych w publicznych materiałach, informacje takie ani nie stanowią „własności”, czy unikalnego know - how, ani też nie mają żadnej wartości gospodarczej, czego wymaga art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Trudno też uznać, żeby zastrzeżone modele i nazwy producentów sprzętu i oprogramowania nie były znane choćby pozostałym oferentom, skoro są z reguły specjalistami w branży informatycznej, której postępowanie dotyczy. Warto przy tym podkreślić, że dobór poszczególnych elementów nie pochodzi również od wykonawców, lecz jest narzucony treścią formularzy. Zamawiający wskazał bowiem wyraźnie, jakie konkretne urządzenia zamawia, o jakiej specyfikacji i w jakich ilościach. Także tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymagom postawionym przez zamawiającego”. Zdanie to odpowiada realiom niniejszej sprawy i przesądza, że dobór elementów wskazanych w formularzu cenowym, nie może być skutecznie zastrzeżony, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Sam fakt skonfigurowania urządzeń w określony sposób nie buduje przewagi gospodarczej, gdyż jak to przyznał sam odwołujący na rynku dostępnych jest, co najmniej 3 producentów mogących zaoferować

7

rozwiązania, które po stosownym skonfigurowaniu spełnią wymagania zamawiającego.

Wybranie określonego rozwiązania to właśnie przykład zdrowej walki konkurencyjnej wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto, zdaniem Izby odwołujący nie udowodnił, że oferowane przez niego rozwiązanie zawiera specyficzne, dostępne tylko odwołującemu rozwiązania organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Informacje zastrzeżone przez odwołującego nie zawierają know-how wykonawcy, gdyż konfiguracja sprzętu z dostępnych na rynku rozwiązań takiej informacji stanowić nie może. Sam fakt, iż odwołujący w swojej firmie prowadzi politykę bezpieczeństwa informacji, na co odwołujący złożył stosowne dowody, nie świadczy jeszcze o tym, że Informacje przedstawione w ofercie zasługują na ochronę zastrzeżenia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. (...) Dlatego też Izba stwierdziła, że informacje w ofercie odwołującego, zawarte na stronach od 35 do 42, tj. wykaz oferowanego sprzętu (załącznik nr 3 do siwz oraz szczegółowa specyfikacja techniczna oferowanego rozwiązania, nie zasługują na zastrzeżenie ich treści tajemnicą przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do uznania za prawidłową czynność zamawiającego dotyczącą odtajnienia ww. dokumentów." Mając na uwadze skutki, jakie dla wykonawcy pociąga zaniechanie udostępnienia treści ofert, stwierdzenie naruszenia w tym zakresie w sposób zasadniczy wpływa na możliwość weryfikacji prawidłowości wyników oceny ofert przez wykonawców, czyniąc w zasadzie niemożliwym skuteczne dochodzenie prawa do uzyskania przedmiotowego zamówienia. W takim ujęciu, zaniechania Zamawiającego niewątpliwie mogą naruszać interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i narażać tego ostatniego na szkodę w postaci utraty zamówienia. Szczególnie dobitnym przykładem może być właśnie zastrzeżenie całego opisu technicznego oferowanych urządzeń. Odwołujący nie ma zatem żadnej możliwości weryfikacji, co zostało zaoferowane przez Konsorcjum i czy oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego. Co więcej, specyfikacja sprzętu z chwilą zawarcia umowy z Zamawiającym stanie się informacją jawną: „Skoro więc, jawność umów w sprawach zamówień publicznych wyłącza możliwość odmowy ich udostępnienia z powołaniem się na którąkolwiek z tajemnic ustawowo chronionych, w tym na tajemnicę przedsiębiorstwa, to należy uznać za niedopuszczalne utajnienie dokumentów, które następnie będą stanowić integralną część umowy w sprawie zamówienia publicznego." Także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że jeżeli pewne Informacje zostały ujawnione lub zostaną ujawnione po podpisaniu umowy, to tracą one przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa (por. wyrok KIO z dnia 17 maja 2013 r., sygn. akt KIO 938/13). Argumentacja powyższa została powołana również w przypadku wykazu licencji. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający sprecyzował w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz Umowach stanowiących załączniki do SIWZ warunki, jakim mają odpowiadać licencje, które mają zostać zapewnione przez wykonawcę. Dopasowanie odpowiedniej licencji do warunków

8

stawianych przez Zamawiającego nie stanowi know-how Wykonawcy. Szczegółowe postanowienia umowy licencyjnej mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, (jeżeli ich treść odbiega od warunków standardowych, udostępnionych publicznie). Nie może za tajemnicę zostać natomiast uznany sam wykaz licencji, które zostaną dostarczone. Będą one stanowiły przedmiot dostawy i staną się powszechnie znane w trakcie realizacji umowy. Także, zdaniem Odwołującego, niezrozumiałe jest również, dokonane przez Asseco, zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci. Po pierwsze - współpraca z podmiotami trzecimi oraz fakt utrzymywania z nimi relacji miały znaczenie dla sporządzenia oferty, ale w momencie jej złożenia wszelkie zobowiązania musiały już zostać zaciągnięte, a po drugie, informacja ta stanie się jawna w trakcie wykonywania zamówienia. Zwrócił uwagę, że po podpisaniu umowy podmioty te będą musiały się ujawnić i ich dane nie będą poufne. Z uwagi na to, zastrzeganie ich tożsamości niejako „na chwilę" (czas weryfikacji ofert) wskazuje na cel takiego zastrzeżenia i brak statusu, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Asseco Poland S.A. [Asseco], Wasko S.A. [Wasko] oraz Egida IT Solutions Sp. z o. o. [Egida], wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że Odwołujący nie wykazał materialno-prawnych przesłanek uwzględnienia odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp., tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz szkody w wyniku

ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i z tego względu na tej podstawie odwołanie podlega oddaleniu. Zdaniem Zamawiającego motywy, którymi kieruje się Odwołujący nie zasługują na ochronę prawną. Aukcja elektroniczna jest jednym z powszechnie stosowanym działaniach przetargowych, przewidzianych przez ustawę Pzp.

Zamawiający przewidział ten sposób dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w SIWZ i komunikował ten fakt także w ogłoszeniu o zamówieniu. Zarówno ustawa Pzp, jak i nowe Dyrektywy UE wspierają proces elektroniczacji zamówień oraz pozyskiwania kolejnych korzystniejszych ofert w ramach aukcji. Dlatego też wszelkie starania mające na celu doprowadzenie do sytuacji, w której przeprowadzenie aukcji stanie się niemożliwe, zdaniem Zamawiającego nie powinny stanowić przesłanki do wykazania interesu we wniesieniu odwołania. Podkreślił, że uzasadnienie interesu w uzyskaniu danego zamówienia Odwołującego bazuje na niepopartym żadnymi dowodami domniemaniu, że w częściach tajnych ofert wykonawców: ASSECO, WASKO i EGIDA znajdują się informacje potwierdzające sprzeczność oferty z SIWZ. Odwołujący nie uzasadnił, ani nie uprawdopodobnił przesłanek swojego twierdzenia. Twierdzenie jest to o tyle przedwczesne,

9

że Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności, której Odwołanie dotyczy, tj. Zamawiający nie przekazał informacji wykonawcom odnośnie oceny ofert oraz nie przekazał zaproszenia do aukcji elektronicznej. W tym kontekście, Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania oraz, że odwołanie należy uznać za przedwczesne i z tych przyczyn powinno podlegać oddaleniu. W zakresie powołanych przez Odwołującego okoliczności, dotyczących zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa części ofert podniósł, że sprawy związane z tajemnicą przedsiębiorstwa należy traktować w każdym przypadku indywidualnie, zaś posługiwanie się określonymi orzeczeniami KIO dla udowodnienia swoich tez, w sytuacji, kiedy odnoszą się one do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa bez dokładnego zaznajomienia się ze stanami faktycznymi będących podstawą ich wydania, jest działaniem wysoce wątpliwym. Podkreślił, że zapoznał się z motywami uzasadniającymi zastrzeżenie informacji o tajemnicy przedsiębiorstwa w każdej kwestionowanej ofercie i uznał, że spełniają one definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Każdy z wykonawców dopełnił obowiązkowi zarówno zastrzeżenie informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak również wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenia te były szczegółowe, konkretne i nie budzące żadnych wątpliwości ASSECO (Załącznik nr 4), WASKO (Załącznik nr 5 - uzasadnienie to wykonawca zastrzegł wyraźnie jako tajemnica przedsiębiorstwa) i EGIDA (Załącznik nr 6). Stąd Zamawiający z uwagi na wypełnienie przez każdego z wykonawców, których oferty są kwestionowane przepisu wskazanego w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie miał innego wyjścia jak podjęcie decyzji o nie odtajnieniu zastrzeżonych fragmentów ofert tych wykonawców. Wykonawcy: Asseco, Wasko i Egida zastrzegali, jako tajemnica przedsiębiorstwa elementy ofert dotyczące nazw (firmy i adresy) poszczególnych podwykonawców, a także informacji powiązanych, a mogących wskazywać na podwykonawcę. W pierwszej kolejności podał, że firma Wasko nie utajniła opisu technicznego oferowanych urządzeń, stąd zarzut w tym zakresie należy uznać za bezprzedmiotowy. Opis techniczny został przekazany Odwołującemu wraz z ofertą Wasko w dniu 08.02.2016 r.

Odnosnie pozostałych dokumentów, zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazując na art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stwierdził, że jego zdaniem, nieujawnione do wiadomości publicznej informacje dotyczące podwykonawców, umów z nimi zawartych i kwot z nich wynikających, a także informacje o kontrahentach wykonawcy (odbiorcach usług, dostaw lub robót budowlanych), oraz informacje zawarte w wykazach wykonanych dostaw załączonych do ofert ww. wykonawców mają wartość gospodarczą, do której odnosi się ten przepis definiujący pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa. Przyjmując zatem, że mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji wykonawcy na rynku konkurencyjnym należy też uznać że mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający przyjął zatem że informacje te podlegają ochronie i

10

nie mogą być, w przypadku ich zastrzeżenia przez wykonawcę, udostępnione do wiadomości publicznej. Dalej podał, że dokonał oceny, czy zostały spełnione łącznie przesłanki art. 11 ust. 4 u.z.n.k. w stosunku do każdego z dokumentów objętego zastrzeżeniem. Następnie

sprawdzono, czy informacje zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa są powszechnie znane, dostępne w sposób jawny dla ogółu osób. W tym celu Zamawiający dokonał (...) weryfikacji stron internetowych biorących udział w postępowaniu wykonawców w celu sprawdzenia, czy figurują tam ujęci w ofertach podwykonawcy oraz inne dane wskazujące na tych podwykonawców (weryfikacja stron internetowych www. poszczególnych wykonawców oraz podwykonawców). Dokonano również sprawdzenia, czy wśród wykazanych dostaw realizowanych przez podwykonawców objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jako klienci nie figurują podmioty stosujące ustawę Pzp. W wyniku tej oceny, Zamawiający doszedł do przekonania, że zastrzeżone informacje w przypadku każdego wykonawcy nie są powszechnie znane, ani dostępne w sposób jawny dla ogółu osób, jak również wskazane na potwierdzenie warunku doświadczenia dostawy nie były realizowane na rzecz klientów publicznych stosujących ustawę Pzp. Następnie Zamawiający sprawdził, czy każdy z Wykonawców ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. W tym celu Zamawiający dokonał weryfikacji uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie podjętych przez wykonawców mechanizmów ochrony informacji. Każdy z wykonawców przedstawił szerokie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie budziły żadnych wątpliwości. Zamawiający również, po otrzymaniu Odwołania w dniu 1.03.2016 zwrócił się do Wykonawców ASSECO, EGIDA, WASKO z prośbą o ponowną weryfikację informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa i ewentualnie wyrażenie zgody na udostępnienie Odwołującemu utajnionych wcześniej informacji (dowód nr 2: kopia pism Zamawiającego z dnia 01.03.2016 r. pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami). W odpowiedzi, wszyscy Wykonawcy: ASSECO, EGIDA, WASKO odmówili odtajnienia informacji zawartych w zastrzeżonych oraz zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dowód nr 3: kopia pism wykonawców w sprawie odmowy odtajnienia zastrzeżonych części ofert). Wobec powyższego Zamawiający podtrzymał swoją wcześniejszą decyzję, wyrażoną w piśmie z dnia 18.02.2016 r. Wyjaśnienia wykonawców, a także inne okoliczności, które Zamawiający podaje w części zastrzeżonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa przekonały Zamawiającego, że zastrzeżone elementy dotyczące podwykonawców mają wartość gospodarczą. Szczegóły tej analizy znalazły się w części niejawnej odpowiedzi na Odwołanie. Zamawiający z uwagi na zastrzeżenie tych danych, jako tajemnica przedsiębiorstwa ww. wykonawców zmuszony jest do przekazania tej analizy tylko Krajowej Izby Odwoławczej z pominięciem Odwołującego oraz Przystępujących". W dalszej części odniósł się do informacji

11

zastrzeżonych, zaznaczając na str 6 do 8 informacje, jako „TAJEMNICA SPÓŁKI”. Dalej w części jawnej podał, że (...) Pomimo, że nazwa (firma) danego podwykonawcy jest informacją jawną, jednak w tych konkretnych sytuacjach może zostać zastrzeżona. W szczególności, gdy wskazuje na to kontekst użycia nazwy w danym przypadku. W orzecznictwie KIO pojawiają się tezy, że w szczególnych okolicznościach przedsiębiorca może zastrzec, jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz podwykonawców, którzy będą z nim współpracować przy realizacji zamówienia”. Co do zastrzeżenia przez wykonawców wykazu zrealizowanych prac oraz związane z nimi referencje, wskazał (...) na dwie okoliczności: po pierwsze w wykazie znajdują się usługi i dostawy oparte na potencjale podwykonawców (np. ASSECO, EGIDA) zatem udostępnienie informacji o zrealizowanych pracach i kontrahentach mogłoby pośrednio wskazywać na firmę, która udostępniła swój potencjał. Jeśli zatem przyjmiemy założenie, że Wykonawca skutecznie zastrzegł firmy swoich podwykonawców musimy konsekwentnie taką ochroną objąć informacje zawarte w wykazie zrealizowanych prac. Po drugie jak wskazuje jeden z wykonawców, który przystąpił do odwołania (ASSECO), co można odnieść też do pozostałych ofert, informacje zawarte w wykazach są istotne gospodarczo gdyż obrazują aktywność rynkową danego podmiotu. Wykaz pokazuje kontrahentów i wielkość przychodów osiągniętych w wyniku realizacji danego rodzaju dostaw lub usług, a wszystkie te informacje stanowią istotne źródło wiedzy o działalności podmiotu trzeciego dla konkurencji, i mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji danego Wykonawcy i danego podmiotu trzeciego”. Zamawiający zwrócił uwagę, że Wykonawca, który ma dostęp do tych informacji może ustalić, z jakiego rodzaju konkurencją spotka się w kolejnym etapie postępowania, jaki jest najniższy poziom cenowy, który mogą oferować konkurenci, co w konsekwencji stanowić może istotne źródło przewagi konkurencyjnej np. podczas aukcji elektronicznej. Nie bez znaczenia jest także fakt, iż poszczególne usługi i

dostawy ujęte w wykazach kwestionowanych ofert jest de facto doświadczeniem podwykonawców. Zatem ujawnienie wykazu, prowadziłoby tym samym do ujawnienia

źródła

dostarczającego potencjał - czyli w tym przypadku doprowadziłoby do poznania nazw podwykonawców. Zamawiający zweryfikował czy informacje zawarte w Załącznikach 5 a-5c wykazach wykonanych dostaw, usług serwisowych i wdrożeń dotyczą podmiotów publicznych. Dodatkowo Zamawiający zweryfikował strony internetowe ww. wykonawców oraz ich podwykonawców i stwierdził, że nie są na nich publikowane informacje o kontrahentach i usługach objętych wykazami. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający podjął decyzję o nieodtajnieniu zastrzeżonych tych części ofert. Podkreślił fakt, że dostawy zostały wykonane na rzecz kontrahentów niepublicznych, zatem nie obowiązuje w stosunku do nich obowiązek jawności. Dodatkowo wykonawca ASSECO wskazał, że w wykazanych przez nią umowach obowiązywały klauzule poufności traktujące o tajemnicy handlowej danego przedsiębiorstwa, wobec powyższego zobowiązani są przez stronę trzecią do

12

zachowania tych informacji w poufności. Zważył także, że na wskazanych w odwołaniu stronach internetowych wykonawców WASKO oraz ASSECO, nie ma akurat tych wykazanych dostaw, które dani wykonawcy wskazali w swoich ofertach. Co powoduje, że nieprawdą jest, że wykazy te nie spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa tj. nie ujawnienia do wiadomości publicznej. Z tego tytułu, że wykonawcy mają na swoich stronach internetowych informacje o klientach oraz zrealizowanych projektach nie może wywieść generalnej tezy, że wszystkie zrealizowane projekty danych wykonawców, nawet te, które nie są ujawnione na stronie internetowej, tracą walor objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawcy mogą w stosunku do części swoich projektów i klientów objąć ich tajemnicą przedsiębiorstwa i przedsięwziąć odpowiednie środki w celu nie ujawniania tych informacji, a co do pozostałych projektów oraz klientów szeroko się w tym zakresie reklamować. Niewątpliwie klienci oraz dostawy, które dani wykonawcy wskazali w swoich ofertach, nie znajdują się na stronach internetowych, które Odwołujący wskazał w swoim odwołaniu. W przypadku zaś dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień, wskazał, że zawierają one te same informacje, jak wykazy dostaw, stąd ich ujawnienie pośrednio wskazywałyby zarówno na firmy podwykonawców oraz na klientów. Stąd Zamawiający również w tym przypadku uznał je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Oczywiście każdy z Wykonawców uzasadniający tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób szczegółowy i niebudzący wątpliwości uzasadnił objęcie referencji również tajemnicą przedsiębiorstwa. Co do zastrzeżenia przez wykonawców wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, wskazał również (...) na dwie okoliczności: po pierwsze w wykazie znajdują się pracownicy zatrudnieni u zastrzeżonych podwykonawców zatem udostępnienie informacji o pracownikach pośrednio wskazywało by na firmę, która udostępniła swój potencjał osobowy. Po drugie, jak wskazuje jeden z wykonawców (ASEECO - uzasadnienie objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, strona 107) udostępnienie informacji o kluczowych pracownikach dedykowanych do realizacji tego projektu prowadziłaby do ujawnienia ich specjalistycznych, unikalnych kompetencji. Należy podkreślić, że dedykowane osoby są specjalistami w danej dziedzinie, zatem rodzi się obawa, co do możliwości ich „podkupienia” przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą konkurencyjną wobec wykonawcy. Tym samym zachowanie w poufności nazwisk osób oraz ich kwalifikacji może oszczędzić Wykonawcy kosztów w przypadku konieczności ponownego kompletowania zespołu na wypadek „podkupienia pracowników”, co na rynku IT jest powszechną, choć nieuczciwą praktyką. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzają ludzie, gdyż na rynku usług IT poszukiwani są przede wszystkim wysokiej klasy specjaliści. Powoduje to konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych”. Zwrócił uwagę, że na podstawie nazwisk wymienionych w wykazie osób można w stosunkowo prosty sposób ustalić, czy dany wykonawca korzysta z własnych

13

zasobów kadrowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy przedsiębiorcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się legitymują (poziom, przedmiot). Jak również znając nazwiska i imiona również można pośrednio dowiedzieć się o firmach podwykonawców. Podkreślił, że wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia może być uznany, jako

tajemnica przedsiębiorstwa. Powyższe potwierdza również orzecznictwo. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku V Ca 421/07 stwierdził, że wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności oraz dokumenty merytoryczne mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykaz osób stanowi informacje o niewątpliwie wartości dla firmy informatycznej, biorąc zwłaszcza pod uwagę sytuację na rynku pracy w branży informatycznej i związane z tym ryzyko „podbierania” personelu. Odnośnie wykazu licencji i opisu technicznego oferowanych urządzeń stwierdził, że (...) Co do zasady informacje zawarte w ogólnie dostępnych dokumentach potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego (np. kartach technicznych, certyfikatach) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli jednak dokumenty potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia jest połączeniem kilku elementów i liczy się pomysł na jego realizację wówczas można przyjąć, że zastrzeżone elementy techniczne oraz licencje połączone w takiej a nie innej konfiguracji stanowią szczególne „know - how”, a co za tym idzie może być uznane, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tak dzieje się w przypadku wdrażania unikatowych e-usług, rozbudowy systemów informatycznych i bazy sprzętowo maszynowej, czy realizacji unikatowej koncepcji wykonawcy. Podobnie jest w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla Grupy Kapitałowej PGE, które jest przedmiotem niniejszej sprawy. Zamawiający wskazuje, że przedmiotowy zakup nie obejmuje prostej dostawy standardowych drukarek - jak to można zinterpretować zapoznając się z odwołaniem (...). Zakresem świadczenia będzie mianowicie realizacja projektu mającego na celu poprawę bezpieczeństwa wydruków w Grupie Kapitałowej PGE poprzez wprowadzenie protokołów, szyfrowania, procedur logowania do urządzeń drukujących, co w konsekwencji ma zapewnić możliwość kontroli kosztów wydruków, odpowiednie księgowanie kosztów do właściwego MPK, umożliwienie wykorzystania do realizacji wydruku dowolnej drukarki pracującej w Systemie wydruków, obniżenie kosztów serwisu oraz kosztów wydruku (stopniowe zmniejszanie liczby drukarek lokalnych i liczby realizowanych na nich wydruków). Dostarczane w ramach zamówienia urządzenia drukujące będą dostosowane do potrzeb kluczowych spółek GK PGE zatrudniających blisko 35.000 pracowników (w tym około 17.000 pracowników biurowych), często specjalnie konfigurowane pod względem sprzętowym i softwareowym. Urządzenia będą dostarczane do 400 lokalizacji na terenie całego kraju i będą tam utrzymywane i serwisowane. Zatem jest to bardzo duży, logistycznie skomplikowany projekt, którego koncepcję obsłużenia i realizacji definiują złożone w

14

postępowaniu oferty. W tym kontekście oferty wykonawców (zakres sprzętowy, systemy informatyczne, licencje oraz zasoby kadrowe i podmioty współpracujące-podwykonawcy) można traktować, jako specyficzny know - how, unikalny pomysł na realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Dlatego też Zamawiający przyjął, że informacje związane z urządzeniami i licencjami zaproponowanymi do realizacji zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Potwierdza to orzecznictwo KIO określając, że takie informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli są to informacje techniczne, technologiczne lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Konfiguracja urządzeń i konfiguracja rozwiązania może obejmować unikatowe zestawienie urządzeń, oprogramowania i tym samym dawać wykonawcy przewagę rynkową - zarówno ekonomiczną nad konkurencją, jak również organizacyjną (potwierdzają to wyroki KIO 623/13; KIO 631/13). Orzecznictwo wskazuje również, że szczególnie ma to miejsce, gdy zamówienie ma nowatorski i niespotykany na rynku usług informatycznych charakter. Wtedy szczegółowe informacje o tym, w jaki sposób dany wykonawca zamierza zaspokoić potrzeby zamawiającego posiadają wartość gospodarczą i zasługują na ochronę. Nie zmienia to faktu, że zamawiający precyzyjnie opisuje swoje wymagania, bowiem stopień ich szczegółowości nie przeczy innowacyjności zamawianego rozwiązania i nie uniemożliwia wykonawcom spełnienia założeń zamawiającego w różny sposób (wyrok KIO 1229/15). W przedmiotowej sprawie ma to miejsce. Opracowane przez wykonawcę na potrzeby zamówienia takie elementy oferty jak np. opis techniczny i wykaz sprzętu, i wykaz i szczegóły dotyczące licencji (w tym ich warunki) zastosowanych do budowy CSW w ramach oferowanego rozwiązania oraz sposób kalkulacji ceny oferty, uwzględniający szczegółowe elementy kosztowe, stanowią informację, która może podlegać ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawierające „know - how” wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego powyższe

świadczy o możliwości objęcia przedmiotowego zbioru informacji ochroną prawną na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo należy podkreślić, że ujawnienie dostawcy licencji lub firmy produkującej sprzęt w pewnych przypadkach może prowadzić również do ujawnienia podwykonawcy, który dany element dostarcza. Zatem przyjmując, że nazwy podwykonawców zostały skutecznie zastrzeżone, w konsekwencji powinna być chroniona każda informacja, która na tego podwykonawcę wskazuje". Podniósł, że sam Odwołujący wskazał, że w przypadku treści i warunków licencji, ta informacja może zostać objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i sam potwierdził, że nie można bez analizy konkretnego przypadku jednoznacznie wskazać, że ten rodzaj informacji nie może być tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponadto, jego zdaniem, (...) Nie można zgodzić się także z twierdzeniem Odwołującego, że jawność umów o zamówienia publiczne wyłącza tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego fakt, że w przyszłości na etapie

15

podpisania umowy lub podczas realizacji zamówienia publicznego pewne elementy objęte w chwili obecnej tajemnicą, mogą stać się jawne - nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na etapie składania ofert. Nie można odmówić wykonawcy prawa do decydowania, w jakim momencie będzie on gotowy do ujawnienia sposobu doboru podwykonawców czy osób do realizacji zamówienia. Utrzymanie w tym zakresie poufności do czasu, co najmniej zawarcia umowy, ma niezaprzeczalnie wymiar gospodarczy. Możliwe utrzymanie pomysłu na realizację zamówienia w tajemnicy pozwolić może w przyszłości na zaproponowanie tego samego rozwiązania w innym podobnym postępowaniu w przypadku nie uzyskania danego zamówienia. Możliwe jest także, zdaniem Zamawiającego, zastrzeżenie, jako tajemnica przedsiębiorstwa części umowy lub załączników, które takie informacje posiadają". Co do decyzji o uznaniu za tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienia o zastrzeżeniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa podał, że (...) przepisy ustawy PZP nie ograniczają możliwości zastrzegania, jako tajemnicę przedsiębiorstwa samego uzasadnienia dokonanego przez wykonawcę w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Do takiego poglądu również doszła KIO w wyroku z dnia 11 maja 2015 r. (KIO 863/15), w którym stwierdziła, że nie może ulegać wątpliwości, że zasadność zastrzeżenia wyjaśnień należy oceniać przede wszystkim w kontekście ich treści, nie zaś na podstawie obserwacji funkcjonującej na rynku zamówień publicznych praktyki, tym niemniej do opisywanego zjawiska należy podchodzić ze szczególną ostrożnością, mając chociażby na uwadze okoliczność, że informacje zawarte w wyjaśnieniach również muszą spełniać przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na przedsiębiorcy dokonującym ich zastrzeżenia. Tym samym, wykonawca może zastrzec, że uzasadnienie dokonane przez wykonawcę w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa same w sobie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile same spełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak samo jak w przypadku pozostałych informacji objętych zastrzeżeniem Zamawiający dokonał ich krytycznej analizy pod kątem oceny, czy informacje tam zawarte są tajemnicą przedsiębiorstwa. Analiza ta wskazała, że w przypadku WASKO uzasadnienie to zawiera informacje spełniające definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca ten w swoim piśmie wskazuje na specyficzne zasady kontroli i dostępu do danych, które zastrzegł w swojej ofercie, jako tajemnica. Informacje te wiążą się prawdopodobnie z procedurami bezpieczeństwa w tej spółce, które zazwyczaj są utrzymywane w poufności. Stąd Zamawiający uznał, że uzasadnienie to samo w sobie jest tajemnicą przedsiębiorstwa". W przypadku natomiast uzasadnienia EGIDA, podał, że po analizie uznał, że uzasadnienie nie zawiera informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i wraz z odpowiedzią na

16

odwołanie udostępnił to uzasadnienie Krajowej Izbie Odwoławczej, jak również Odwołującemu i Przystępującym, co czyni w tym zakresie odwołanie bezprzedmiotowe. Reasumując podkreślił, że działania, jakie podjął w stosunku do oferty ASSECO, WASKO i EGIDA były zgodne z ustawą Pzp. Zachowując w poufności przekazane wraz z ofertami wykonawców informacje, w żadnym wypadku nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stwierdził ponadto, że (...) po pierwsze, brak jest

wskazania konkretnego naruszenia tego przepisu a po drugie - niniejsze Postępowanie prowadzone jest najbardziej przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a finalny wybór wykonawców zostanie dokonany po weryfikacji i ocenie złożonych ofert, oraz aukcji elektronicznej, gdy zaistnieją przesłanki do jej przeprowadzenia". Powyższe dowodzi, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający ani działający w ich imieniu Organizator Postępowania nie naruszył zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców i postępuje przy zachowaniu bezstronności.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, że Odwołujący – Konica Business Solutions Polska sp. z o.o. [wykonawca Konica] - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - posiada legitymację materialno-prawną do wniesienia odwołania wymaganą art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca wykazał bowiem interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w przypadku, gdyby przy ocenie ofert konkurencyjnych wykonawców Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp. Tak jak wskazał w odwołaniu, w niniejszym postępowaniu na „Zarządzanie wydrukiem biurowym” złożono pięć ofert, przy czym Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, i co prawda wybór najkorzystniejszej oferty ma być dokonany przy zastosowaniu dwóch kryteriów, ceny i kryterium Kompatybilności systemu CSW (Centralnego Systemu Wydruku), jednakże cena, która stanowi 90% kryterium oceny ofert. Wskazał ponadto na różnicę pomiędzy ceną z oferty Odwołującego, a drugą najkorzystniejszą (Ricoh Polska Sp. z o. o.), która jest na tyle duża, że nawet w przypadku otrzymania przez Odwołującego 0 pkt za kryterium Kompatybilności, to jego oferta nadal pozostawałaby ofertą najkorzystniejszą. Izba stwierdza również, że przeprowadzenie, przewidzianej w tym postępowaniu aukcji elektronicznej - zgodnie z art. 91a ust.1 Pzp - możliwe będzie tylko wówczas, gdy w wyniku oceny ofert, pozostaną w postępowaniu, co najmniej trzy niepodlegające odrzuceniu oferty. Tym samym prawidłowa ocena ofert ma kluczowe znaczenie w tej sprawie i dotyczy ona zarówno wymagań, co do podmiotu składającego ofertę, jak i przedmiotu zamówienia. Wymagane zatem przez wykonawcę „odtajnienie” ofert we wskazanym w odwołaniu zakresie pozwalałoby

17

wykonawcy na zweryfikowanie oceny przeprowadzonej w kolejnym etapie postępowania, co do jej zgodności ze specyfikacją. Ustalenie liczby ofert mniejszej niż trzy powodowałoby brak możliwości prowadzenia aukcji, a zatem wybór najkorzystniejszej oferty mógłby dotyczyć, [przy założeniu braku podstaw do wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty], oferty Odwołującego. Z kolei przeprowadzenie aukcji elektronicznej może prowadzić do wyboru oferty konkurencyjnej, jednej z trzech wskazanych, w sytuacji nawet, gdy taka oferta podlegałaby odrzuceniu. Zdaniem Izby, wykonawca ma prawo domagać się zastosowania tego etapu tylko w odniesieniu do prawidłowo ocenionych ofert. Tym samym, w okolicznościach faktycznych sprawy, wniesionego odwołania nie można utożsamiać, jak to ujął Zamawiający, ze „staraniami mającymi na celu doprowadzenie do sytuacji, w której przeprowadzenie aukcji stanie się niemożliwe”. W stanie faktycznym, z uwagi na zastrzeżenie istotnych informacji, Odwołujący może tylko opierać się na domniemaniu, że w części zastrzeżonej brak jest potwierdzenia wymagań określonych specyfikacją lub znajdują się dane, które nie potwierdzają danego wymagania. Izba ponadto nie podzieliła poglądu Zamawiającego, co do przedwczesności odwołania. Odwołanie to dotyczy bowiem czynności oceny skuteczności zastrzeżeń informacji poczynionych przez wykonawców w ofertach, o której Odwołujący został poinformowany, a zatem czynności odrębnej od czynności oceny ofert, co do spełniania warunków i zgodności oferty z wymaganiami specyfikacji. Podnoszenie takiego zarzutu w odwołaniu z żądaniem ujawnienia tych informacji, po dokonaniu przez zamawiającego czynności oceny ofert, skutkiem której byłoby zaproszenie do udziału w aukcji, mogłoby - z uwagi na regulacje zawarte w art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp – zostać uznane, co do zasady, za nieskuteczne. Zgodnie z powołanym przepisem, wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu, takich jak niezasadne zaniechanie udostępnienia/odtajnienia, czy też niezasadne zastrzeżenie informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i, jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ustawa - Prawo zamówień

publicznych w odniesieniu do kwestionowanej czynności - braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa – nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji i podjętej czynności, mającej na celu zweryfikowanie skuteczności takiego zastrzeżenia. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym, każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz stanowisko zamawiającego w przedmiocie odmowy ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu

18

wyznaczonego na złożenie, co do zasady, w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty [ofert] w pełnym zakresie – również w tym zastrzeżonym. W tym przypadku miał zastosowanie art. 182 ust.1 pkt 1 Pzp, albowiem wykonawca z pisma z dnia 18 lutego 2016 r. dowiedział się o decyzji w przedmiocie „nieodtajnienia” ofert zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Asseco, Wasko i Egida.

Odnosnie podniesionego w odwołaniu zarzutu braku udostępnienia opisu technicznego urządzeń w ofercie Wasko, z uwagi na jego zastrzeżenie, jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący przyznał, że zarzut ten został sformułowany omyłkowo. Odnosnie zarzutu zastrzeżenia uzasadnienia jak tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie przez Egidę stwierdził, że udostępnienie tego uzasadnienia wraz z odpowiedzią na odwołanie jest zgodne z żądaniem wykonawcy, co z kolei czyniło jego rozpoznanie, zdaniem Izby, bezprzedmiotowym.

Rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w związku z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. W myśl zawartej w tym przepisie dyrektywy Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji Zamawiający, w kwestionowanym w odwołaniu zakresie, wymagał - zgodnie z pkt IX. 9.4 specyfikacji - przedstawienia w ofercie Wykazu głównych wykonanych usług i dostaw odpowiednio na formularzach według załącznika nr 5a, 5b i 5c oraz Wykazu osób na formularzu według załącznika nr 8. Z kolei zgodnie z pkt XI.11.2 wymagał Opisu technicznego oferowanych urządzeń z podaniem marki, modelu oraz producenta na formularzu według załącznika nr 6b, a zgodnie z ppkt 11.3 warunków licencji oprogramowania zainstalowanego na urządzeniach z uwzględnieniem warunków opisanych w projektach umów według załącznika nr 7.

Rozpoznając zarzut niezasadnego zastrzeżenia w ofercie Wasko uzasadnienia zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba wskazuje, że zgodnie z punktem XV.15.7. specyfikacji wykonawca, zastrzegając informację, jako tajemnica przedsiębiorstwa zobowiązany był wykazać, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże Zamawiający nie określił sposobu, w jaki wykonawca miałby wykazać zasadność takiego zastrzeżenia. Izba zwraca uwagę, że również ustawa Pzp w art. 8 ust.3 wymaga wyłącznie wykazania, nie udowodnienia określonymi dokumentami, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, w przypadku oferty Wasko informacje zawarte, na stronie 120 do 125 oferty w pkt 4.1.zastrzeżonego

19

uzasadnienia nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 4 ustawy o znk za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana dana informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest informacją posiadającą wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. W tym przypadku wykonawca Wasko powołuje się we wstępie na przepisy i publikacje, a w dalszej części wskazuje ogólnie, jakie obejmują informacje, tak do osób jak i dostaw oraz usług, a także, co do szeroko rozumianego podwykonawstwa, wyjaśniając również ogólnie – nie indywidualizując w kontekście danych wynikających z zastrzeżonych informacji - powody, dla których poczynił takiego zastrzeżenie, powołując się

również na klauzule poufności, wymagane przez podmioty trzecie, w przypadku udostępniania przez nie potencjału. Także takiego waloru nie mają informacje z pkt 4.2 str 129 i 130, albowiem zgodnie tytułem informują tylko o Wykazach wykonanych dostaw, usług serwisu i wdrożeń z informacją o art. 8 ust.3 Pzp i sankcjach przewidzianych prawem w przypadku naruszenia tego zakazu. Odnosnie informacji podanych na str 126 do 128 w punkcie 4.1. zastrzeżonego uzasadnienia Izba, z uwagi na wyrażone w toku rozprawy stanowisko Odwołującego, co do możliwości zastrzeżenia procedur bezpieczeństwa, przyjęła stanowisko Zamawiającego, że wykonawca Wasko w tej części wskazał na specyficzne zasady kontroli i dostępu do danych, które zastrzegł w ofercie, jako tajemnica, które to informacje wiążą się z procedurami bezpieczeństwa w tej spółce, a które zazwyczaj są utrzymywane w poufności. Nie mniej jednak Izba zauważa, że w tej części te procedury są opisane także w sposób ogólny, i to może stanowić raczej o wykazaniu, że w stosunku do informacji zastrzeżonych podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Reasumując Izba stwierdza, że ustalenia w zakresie tego zarzutu i nakazanie przez Izbę ujawnienia uzasadnienia zastrzeżeń, zarówno, co do jego części, jak i co do całości, pozostaje bez wpływu na wynik tego postępowania, albowiem

de facto informacje, których ujawnienia domaga się Odwołujący zawarte zostały w zastrzeżonych załącznikach, które w ocenie Izby korzystają z ochrony, jako tajemnica przedsiębiorstwa, o czym poniżej. Dlatego, co do tego zarzutu znalazła zastosowanie wskazana powyżej reguła z art. 192 ust.2 ustawy Pzp. Izba stwierdza także, że orzekając w zakresie tego zarzutu związana była dyrektywą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, wyznaczającą granice orzekania, zgodnie z którą nie jest możliwe orzekanie, co do nie podniesionych w odwołaniu zarzutów. Z tego też względu Izba tylko na marginesie zwraca uwagę, że w punkcie XV.15.7. specyfikacji Zamawiający wskazał, że „Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno znajdować się w części jawnej oferty”. To oznacza, że wykonawca Wasko, podobnie Egida, nie zastosowali się do tego postanowienia, jednakże taki zarzut nie został w odwołaniu podniesiony. Uzasadnienie zastrzeżonych informacji w ofercie wykonawcy Egida, w konsekwencji w dniu 14 marca br,

20

zostało udostępnione wykonawcom, jednakże wobec podtrzymania zastrzeżenia przez Wasko, takie działania nie zostały podjęte wobec oferty tego wykonawcy.

Rozpoznając zarzut niezasadnego zastrzeżenia (1) wykazu wykonanych dostaw, usług serwisu i wdrożeń wraz z potwierdzeniem ich należytego wykonania; (2) wykazu osób; (3) zobowiązań podmiotów trzecich wraz z dokumentami dotyczącymi tych podmiotów; (4) informacji o podwykonawcy - skierowany do oferty Asseco oraz Wasko i Egidy oraz opisu technicznego zaoferowanych urządzeń w ofercie Egida i Wykazu licencji w ofercie Wasko i Egida, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wykonawcy w dacie złożenia oferty dopełnili zarówno obowiązek zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Niewątpliwie zagadnienie związane z tajemnicą przedsiębiorstwa należy traktować w każdym przypadku indywidualnie, mając na uwadze konkretne okoliczności faktyczne sprawy i tym samym odwoływanie się do określonych orzeczeń KIO nie może stanowić bezpośredniego i wyłącznego dowodu na poparcie przedstawianych w odwołaniu tez, w których wykonawca kwestionuje zastrzeżenie dokumentu. Izba stwierdziła ponadto, że Zamawiający wykazał, że dokonywał nie tylko oceny poprawności formalnej dokonanych zastrzeżeń opartej wyłącznie o stanowiska wykonawców, ale również podjął działania we własnym zakresie, celem zweryfikowania ich oświadczeń. Polegały one na weryfikacji stron internetowych wykonawców w celu sprawdzenia, czy figurują tam ujęci w ofertach podwykonawcy oraz inne dane wskazujące na tych podwykonawców. Taka weryfikacja dotyczyła również stron internetowych podwykonawców. Zamawiający dokonał również sprawdzenia, czy wśród wykazanych dostaw realizowanych przez podwykonawców objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jako klienci nie figurują podmioty stosujące ustawę Pzp. W wyniku tych działań potwierdził, że zastrzeżone informacje w przypadku każdego wykonawcy nie są powszechnie znane, ani dostępne w sposób jawny dla ogółu osób, jak również wskazane na potwierdzenie warunku doświadczenia dostawy nie były realizowane na rzecz klientów publicznych stosujących ustawę Pzp. Z kolei w uzasadnieniach zastrzeżeń wykonawcy podali niezbędne informacje dla potwierdzenia ich woli, aby dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców oraz wskazali, jakie niezbędne czynności

zostały podjęte w celu zachowania poufności informacji. Zamawiający wynik analizy, co do zastrzeżonych informacji, zamieścił w części niejawnej odpowiedzi na odwołanie. Rozpoznając zatem podnoszone w odwołaniu zarzuty, także Izba zobowiązana była uwzględnić poczynione przez wykonawców na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzeżenia informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, co powoduje, z uwagi na potrzebę ochrony tych informacji, że możliwe jest przedstawienie argumentacji w sposób ogólny, nie ujawniając treści informacji zastrzeżonych.

21

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że w okolicznościach faktycznych sprawy, wykonawcy skutecznie zastrzegali informacje związane z uczestnictwem podmiotów trzecich w realizacji tego zamówienia, albowiem zobowiązywały ich do tego klauzule z tymi podmiotami wyrażone w dokumencie przez nich podpisanym lub oświadczeniu złożonym w piśmie przez oferenta. Tym samym, analogiczne skuteczne zastrzeżenie dotyczy podwykonawców, albowiem tym podmiotom udostępniającym zasoby, została przypisana w ofertach taka rola. To w konsekwencji powoduje, że podlegają zastrzeżeniu również wskazane Wykazy wykonanych dostaw, usług serwisu i wdrożeń. W zastrzeżonych bowiem Wykazach znajdują się usługi i dostawy oparte na potencjale podwykonawców, a zatem udostępnione informacje o zrealizowanych pracach i kontrahentach wskazywałyby na firmę, która udostępniła swój potencjał. Tym samym taką ochroną objęte są również listy referencyjne, które dotyczą tych prac. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego [również przystępujących wykonawców], że informacje zawarte w tych Wykazach obrazując aktywność rynkową danego podmiotu, pokazując kontrahentów, wielkość przychodów osiągniętych w wyniku realizacji danego rodzaju dostaw lub usług, które to informacje stanowią istotne źródło wiedzy o działalności podmiotu trzeciego dla konkurencji mają wartość gospodarczą, a informacja o podwykonawcy może także – w stanie faktycznym tej sprawy - stanowić źródło przewagi konkurencyjnej podczas aukcji elektronicznej. Dla tej sprawy ma także znaczenie podnoszona przez przystępujących wykonawców i Zamawiającego okoliczność, że wykazywane dostawy zostały zrealizowane na rzecz kontrahentów niepublicznych, w stosunku do których nie obowiązuje zasada jawności, oraz, że w umowach zamieszczane są klauzule poufności traktujące o tajemnicy handlowej danego przedsiębiorstwa. Tak jak wcześniej wskazano, Zamawiający zweryfikował strony internetowe podmiotów ustalając, że nie są na nich publikowane informacje o kontraktach. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego to ustalenie dotyczy także klientów oraz dostaw, które wykonawcy wskazali w ofertach. Analogiczna argumentacja, jak do Wykazów prac dotyczy Wykazu osób. Tak jak podał Zamawiający, w Wykazie znajdują się pracownicy zatrudnieni u zastrzeżonych podwykonawców zatem udostępnienie informacji o pracownikach pośrednio wskazywałoby na firmę, która udostępniła swój potencjał osobowy. Ponadto, jak podnosili przystępujący wykonawcy, [podkreślając, że dedykowane osoby są specjalistami w danej dziedzinie, których pozyskaniem byłby zainteresowany udostępnienie informacji o kluczowych pracownikach dedykowanych do realizacji tego projektu] prowadziłoby również do ujawnienia ich specjalistycznych, unikalnych kompetencji, podmiotowi prowadzącemu działalność gospodarczą konkurencyjną wobec wykonawcy. Powoduje to konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Niewątpliwie na podstawie nazwisk wymienionych w Wykazie osób jest

22

prawdopodobne ustalenie, czy dany wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy przedsiębiorcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się legitymują (poziom, przedmiot) i na tej podstawie ustalić firmy podwykonawców.

Rozpoznając z kolei zarzut niezasadnego zastrzeżenia opisu technicznego zaoferowanych urządzeń w ofercie Egida IT Solutions sp. z o.o. Izba stwierdza, że realizacja tego przedmiotu zamówienia polega zgodnie z OPZ na jego budowie i utrzymaniu Centralnego Wydruku w Grupie Kapitałowej PGE wraz z dostarczeniem i utrzymaniem drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych. Do zadań wykonawcy [pkt 1.2.] będzie należało zaprojektowanie, wdrożenie oraz świadczenie usług, oraz dostawy urządzeń na rzecz tego systemu. Zgodnie z pkt XI.11.2 Zamawiający, co prawda określił podstawowe wymagania urządzeń, ale jednocześnie wymagał zindywidualizowanego Opisu technicznego oferowanych urządzeń z podaniem marki, modelu oraz producenta na formularzu według

załącznika nr 6b. Izba w zakresie tego zarzutu zgodziła się z Zamawiającym, że w przypadku przedmiotu zamówienia, który jest wynikiem połączenia, w sposób przemyślany indywidualnie, kilku elementów, można przyjąć, że zastrzeżone elementy techniczne oraz licencje połączone w takiej, a nie innej konfiguracji stanowią szczególne „know - how”, a co za tym idzie może być to uznane, jako tajemnica przedsiębiorstwa. To dotyczy z pewnością wdrażania unikatowych e-usług, rozbudowy systemów informatycznych i bazy sprzętowo maszynowej, czy realizacji unikatowej koncepcji wykonawcy. W niniejszej sprawie, Zamawiający wskazał, że przedmiotowy zakup nie obejmuje prostej dostawy standardowych drukarek - jak to zinterpretował Odwołujący, albowiem – jak podał - w tej sprawie zakres świadczenia obejmuje realizację (...) projektu mającego na celu poprawę bezpieczeństwa wydruków w Grupie Kapitałowej PGE poprzez wprowadzenie protokołów, szyfrowania, procedur logowania do urządzeń drukujących, co w konsekwencji ma zapewnić możliwość kontroli kosztów wydruków, odpowiednie księgowanie kosztów do właściwego MPK, umożliwienie wykorzystania do realizacji wydruku dowolnej drukarki pracującej w Systemie wydruków, obniżenie kosztów serwisu oraz kosztów wydruku (stopniowe zmniejszanie liczby drukarek lokalnych i liczby realizowanych na nich wydruków). Dostarczane w ramach zamówienia urządzenia drukujące będą dostosowane do potrzeb kluczowych spółek GK PGE zatrudniających blisko 35.000 pracowników (w tym około 17.000 pracowników biurowych), często specjalnie konfigurowane pod względem sprzętowym i softwareowym. Urządzenia będą dostarczane do 400 lokalizacji na terenie całego kraju i będą tam utrzymywane i serwisowane”. Zatem jest to niewątpliwie duży, logistycznie skomplikowany projekt, którego koncepcję obsłużenia i realizacji definiują złożone w postępowaniu oferty. W konkluzji Izba stwierdza, że wobec wskazywanej argumentacji i kontekstu tej sprawy, należy zgodzić się z Zamawiającym, że zakres sprzętowy, systemy informatyczne, licencje oraz zasoby kadrowe i podmioty współpracujące - podwykonawcy można traktować, jako

23

specyficzny know - how, unikalny pomysł na realizację zamówienia [oczywiście zgodnie z wymaganiami Zamawiającego], co uprawnia do zastrzeżenia kwestionowanych w odwołaniu informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosnie zastrzeżonego w ofercie Asseco oraz Egida Wykazu licencji, Izba stwierdza, że taki Wykaz nie był wymagany, a zatem wyspecyfikowanie licencji na odrębnej karcie, jest integralnie związane z wymaganymi warunkami licencji, które wymieniają nazwę licencji i podmiot jej udzielający. Tym samym w przypadku ich zastrzeżenia, Wykaz korzysta z domniemania takiej samej ochrony, jak te warunki. Izba zauważa, że Odwołujący podnosząc zarzut niezasadnego zastrzeżenia Wykazu licencji potwierdzał, że z takiego zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, może korzystać treść warunków licencji i podobne oświadczenie znajduje się w jego ofercie.

Mając powyższe na względzie Izba orzekła, jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o 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).

Przewodniczący:

24