

WYROK
z dnia 29 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2013 r. przez wykonawcę **ESAPROJEKT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-506 Chorzów, ul. Długa 1-3**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11**

przy udziale wykonawców:

A. Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. AMG.net Spółka Akcyjna, 90-554 Łódź, ul. Łąkowa 29 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ESAPROJEKT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-506 Chorzów, ul. Długa 1-3** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie - prowadzi na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp” lub „ustawa Pzp”, postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi: *Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu informatycznego „Elektroniczne Księgi Wieczyste”, zwanego dalej Systemem, wraz z modernizacją systemu Nowa Księga Wieczysta oraz prowadzenie nadzoru nad eksploatacją, świadczenie serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu i wykonywanie modyfikacji Systemu.*

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 28 grudnia 2012 r., 2012/S 249-412566.

Wykonawca - ESAPROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, odwołujący w postępowaniu odwoławczym, wniósł odwołanie od zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez konsorcjum: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i Comp S.A., zwanej „Enigma” oraz AMG.net S.A., zwanej „AMG”, jako niejawnych części ofert tych wykonawców (zastrzeżonych, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), tj. wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, w zakresie wymagania określonego w SIWZ (rozdział VI, pkt 2.1.1 a) pomimo, że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3, w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżonych przez Enigma i AMG, jako niejawne części ofert tych wykonawców (zastrzeżone, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), tj. wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, w

zakresie wymagania określonego w SIWZ (rozdział VI, pkt 2.1.1 a).

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu - art. 186 ust. 2 Pzp, odwołujący żądał od zamawiającego: jak wyżej, tego, o co odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 6 maja 2013 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż po dokonaniu oceny zasadności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, odtajnił część informacji w ofertach: nr 2 AMG.net S.A., nr 4 Sygnity S.A., nr 6 Asseco Poland S.A., natomiast nie odtajnił części ofert Enigma oraz AMG w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI, pkt 2.1.1 a w SIWZ.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania w dniu 14 maja br., odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył przepisy Pzp, w związku z tym wniósł odwołanie.

I. Uzasadnienie zarzutów odwołania.

1. Odwołujący podał, że dokumenty, których domaga się odtajnienia dotyczą wykazania spełniania następującego warunku udziału w postępowaniu (rozdział VI, pkt 2.1.1 a SIWZ):

„2. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu:

2.1. Zamawiający oceni, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 1 niniejszego rozdziału, na podstawie złożonego wraz z ofertą, oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale VII pkt 1 ppkt 1.1 SIWZ oraz dokumentów określonych w rozdziale VII pkt 1 ppkt 1.2 i 1.3.

2.1.1. Zamawiający uzna za spełniony warunek wiedzy i doświadczenia w przypadku, gdy wykonawca wykaże, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, tj. zrealizował, zakończył, także w przypadku świadczeń wykonywanych okresowo lub ciągłych:

a) wykonał, co najmniej 1 usługę polegającą na zaprojektowaniu i zbudowaniu lub zmodyfikowaniu systemu informatycznego utrzymującego i obsługującego rejestr publiczny w rozumieniu ustawy o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne, o zasięgu ogólnokrajowym, w następującej technologii:

- zbudowanym w oparciu o model warstwowy,

- opartym o architekturę SOA, z wydzieleniem usług sieciowych dostępnych dla podsystemów, modułów oraz systemów zewnętrznych za pośrednictwem szyny usług (ESB) działającej w układzie wysokiej dostępności (HA),

- opartego na bazie danych IBM DB2 for z/OS, lub innej bazy danych realizującej wszelkie funkcje (funkcjonalności) bazy IBM DB2 for z/OS zlokalizowanej na serwerze klasy Mainframe z systemem operacyjnym z/OS lub innym klasy mainframe, realizującym

porównywalne funkcje (funkcjonalności),

- zbudowanym w architekturze rozproszonej obejmującej centralę oraz co najmniej 300 lokalizacji geograficznie odrębnych, tj. położonych w różnych miejscowościach.

Odwołujący podał, że warunek odsyła do definicji legalnej rejestru publicznego, zwartej w ustawie z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tekst jednolity Dz. U. 2013, Nr 235).

Zgodnie z art. 3 ust. 5 ustawy: „rejestr publiczny - rejestr, ewidencję, wykaz, listę, spis albo inną formę ewidencji, służące do realizacji zadań publicznych, prowadzone przez podmiot publiczny na podstawie odrębnych przepisów ustawowych”.

W związku z powyższym, warunek jednoznacznie odnosi się do podmiotów publicznych.

A skoro wymaganie dotyczyło systemów informatycznych utrzymujących i obsługujących rejestry publiczne, które są prowadzone - zgodnie z ww. definicją - przez podmioty publiczne, to wykazanie spełniania tego warunku może polegać wyłącznie na posłużeniu się doświadczeniem w wykonaniu zamówienia na rzecz podmiotu publicznego.

W konsekwencji dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunku (wykaz oraz dokumenty na potwierdzenie należyte wykonanie umowy) powinny być jawne.

Odwołujący wskazał orzecznictwo KIO - wyrok z 4 marca 2011 r., sygn. akt KIO 322/11: „Izba ocenia również, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane *per se* za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie, Izba uznała, że ogólność danych wynikających z dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz PKN Orlen oraz wskazuje na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how, których uzyskanie przez innych wykonawców narażałoby interesy przystępującego na szwank. Rezultaty postępowania przed Izbą nie prowadzą do takich wniosków. Zatem, brak jest podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców. Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji.”

W ocenie odwołującego, charakter wymaganych w ogłoszeniu danych, jakie należy podać w wykazie i dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie, ma walor na tyle ogólny, że nie sposób przyjąć, by ich udostępnienie mogło naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem odwołującego, charakter informacji zawartych w wykazach usług uniemożliwia objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa - bowiem nie posiadają charakteru handlowego czy organizacyjnego takie dane, jak wartość

zamówienia, czy też data jego realizacji. Podkreślił, że dane zawarte w wykazach usług wynikają z warunku udziału określonego przez zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ - tym samym nie może być mowy o spełnianiu przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 listopada 2008 r., sygn. akt V Ca 2037/08: „Informacje dotyczące wartości zamówienia, jak i daty realizacji, wynikają pośrednio z warunku określonego przez zamawiającego. A jeśli tak, to wykonawca nie mógł skutecznie zastrzec ich poufności, a z kolei zamawiający - obowiązany do stwierdzenia tegoż - nie mógł ich nie ujawniać (art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).”

Wyrok - sygn. akt KIO 10/657/11: „Izba wskazuje jedynie, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach nie wypełniały przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazane w nich okoliczności dotyczą, jak trafnie podejrzewał odwołujący, zamówienia realizowanego przez tego wykonawcę na rzecz zamawiającego. Zamówienie to zostało zidentyfikowane przez odwołującego w treści odwołania na podstawie informacji powszechnie dostępnych z tytułu dostępu do informacji publicznej o zamówieniu realizowanym w trybie zamówienia publicznego.”

Wyrok - sygn. akt KIO 1730/11: „Nie można zastrzegać we wnioskach, jako tajemnicy informacji powszechnie znanych, o których podmioty je wykonujące informują na swoich stronach internetowych, wykonanych dla podmiotów publicznych (finansowanych ze środków publicznych).”

Wyrok - sygn. akt KIO 1438/11: „W zakresie informacji dotyczących tych zamówień nie zachowano wszystkich trzech przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 uznk. Należy bowiem wskazać, że zostały ujawnione do wiadomości publicznej dane dotyczące niniejszych zamówień, tzn. tak stron, wartości zamówienia, terminu wykonania, jak i szczegółowego przedmiotu zamówienia, czy też wzoru umowy. Niniejsze dane są powszechnie dostępne i każdy zainteresowany może je uzyskać na stronach internetowych podmiotu zamawiającego, jak i w publikatorze ogłoszeń o udzieleniu zamówienia.”

Wyrok KIO sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11: „Co do zasady, w ocenie Izby, informacje zawarte w wykazie, jakiego żądał zamawiający obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi, terminu realizacji czy numeru strony, na której zamieszczono referencje (załącznik nr 2 do instrukcji) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba stwierdza, że informacje ujęte w wykazach usług, które dotyczą w szczególności realizacji usług

polegających na zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego z zakresu ochrony zdrowia czy na rzecz jednostek sektora finansów publicznych, co do zasady są informacjami jawnymi, gdyż większość z nich została udzielona po przeprowadzeniu jawnych postępowań o zamówienie publiczne, a odbiorcami są jednostki zobowiązane do stosowania ustawy prawo zamówień publicznych. Zatem jawność informacji dotycząca nazw odbiorców, dat wykonania czy wartości nie może być w tym przypadku ograniczona. (...) Wobec powyższego, mając na względzie fundamentalną zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne, Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych (...) wykazów dostaw i usług, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał.”

Wyrok KIO sygn. akt KIO 776/12: „Co do oferty złożonej przez Przystępującego Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie jej w zakresie informacji o doświadczeniu, na które wykonawca ten powołuje się, a które to doświadczenie zostało przez tego wykonawcę uzyskane przy realizacji zadań na rzecz podmiotów publicznych. Informacje o realizacji tych usług mogą być z łatwością pozyskane przez każdego w drodze przykładowo powszechnie dostępnego źródła informacji, jakim jest internet.”

Ponadto odwołujący wskazał, że informacje na temat usług/dostaw zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych są jawne także w Unii Europejskiej.

Powołał się art. 139 ust. 3 Pzp o jawności umów i udostępnianiu ich na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Podniósł, że w każdym państwie członkowskim istnieje ustawa regulująca dostęp do informacji publicznej - jako wdrożenie dyrektywy 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego. Wskazał, że nie sposób uznać, aby informacje w zakresie wykazywanych dostaw i usług na rzecz podmiotów publicznych, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (nazwa zamawiającego, na rzecz którego wykonawca świadczył dostawy lub wykonywał usługi, zakres zamówienia, termin realizacji oraz cenę brutto, a także potwierdzenie należytego wykonania tychże zamówień) nie mają i nie mogą mieć *ex lege* charakteru informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie są spełnione, co najmniej dwie z przesłanek legalnej definicji przedsiębiorstwa, tj.:

- wymogu, że informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej - gdyż umowa zawierana przez podmioty publiczne była jawna, jako wzór do postępowania, w wyniku którego ją udzielono, oraz jawna była oferta (w zakresie ceny) - którą wybrano,
- wymogu, że podjęto w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności - bowiem w świetle zasady jawności umów zawieranych w wyniku udzielenia

zamówienia - co do zasady podjęcie takich działań nie jest możliwe, gdyż byłby one podejmowane wbrew ustawowej jawności tychże umów.

Odwołujący uznał, że wykonawcy Enigma oraz AMG nie mogą skutecznie zastrzec tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów, które z założenia są jawne, gdyż dotyczą projektów publicznych. Dostęp do tych informacji powinien mieć każdy wykonawca, ponieważ gdyby ta informacja nie byłaby zastrzeżona, to dostęp do niej byłby możliwy w trybie zapytania o dostęp do informacji publicznej na podstawie wspomnianej ustawy o dostępie do informacji publicznej. Odwołujący podkreślił, że skoro zamawiający precyzyjnie określił w warunku znaczenie słowa „rejestr publiczny” (w powołanym wyżej znaczeniu) - nie może być wątpliwości, że usługa, którą wykazała się Enigma oraz AMG, należała do usług publicznych, gdyby było inaczej, nie mogłaby zostać uznana, jako spełniająca ww. warunek.

Odwołujący podniósł, że ponieważ nie zna treści utajnionych przez wykonawcę Enigma i AMG dokumentów, wskazał z ostrożności, że nawet gdyby doświadczenie wymagane w warunku rozdział VI, pkt 2.1.1 a) SIWZ byłoby udostępnione wykonawcy Enigma i AMG przez podmiot trzeci - w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, to i tak nie zmienia to faktu, iż dokumenty te (wykaz i tzw. dokument referencyjny) powinny być jawne i winny zostać odtajnione przez zamawiającego.

Wskazał wyrok KIO z 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11 - rozpatrując aspekt możliwości utajnienia referencji i wykazu zamówienia wykonanego na rzecz podmiotu publicznego pochodzącego z kraju stosującego zasadę jawności umów zawieranych w wyniku zamówienia publicznego i udostępnionych przez podmiot trzeci - powoływanie się na tajemnice handlową polegającą na nieujawnieniu danych podmiotu udostępniającego jest niewystarczające: „Przystępujący nie wykazał, że dostawa ta nie jest w kraju podmiotu, który swoje doświadczenie mu udostępnił, objętym jawnością zamówieniem publicznym. Przyznał, że zrealizowana została na rzecz podmiotu publicznego, nie ma jednak wiedzy, czy została ona udzielona i realizowana w trybie zamówień publicznych. Tymczasem to właśnie Przystępujący powinien wykazać skuteczność dokonanego zastrzeżenia. Przyznany natomiast przez niego fakt realizacji dostawy na rzecz podmiotu publicznego czyni prawdopodobnym, że miała ona charakter zamówienia publicznego. Kwestia, czy przedmiotowa dostawa realizowana była w trybie zamówień publicznych ma zasadnicze znaczenie dla oceny dopuszczalności zastrzeżenia dotyczących jej informacji, przesądza bowiem o powszechnym dostępie do wiadomości na jej temat. Trudno bowiem zakładać, że fakt realizacji zamówienia publicznego został objęty poufnością (z pewnością Przystępujący tego nie udowodnił). Natomiast informacja możliwa do pozyskania przez zainteresowany

podmiot w zwykły sposób nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) Izba ustaliła, że dostawy objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez A., I., i N. zostały zrealizowane na rzecz podmiotów publicznych, a wykonawcy ci nie uprawdopodobnili nawet, że nie były jawnymi kontraktami i są zachowane w poufności zarówno przez podmioty, które je zrealizowały, jak i odbiorców tych dostaw. Nie wykazali również na czym polega wartość handlowa tych informacji. Argumentację przedstawioną w odpowiedzi na pismo Zamawiającego przez A. i I. (wskazującą na zastrzeżone informacje, jako źródło wiedzy o wykonawcach i podmiotach z nimi współpracujących) Izba uznała za niewystarczającą dla potwierdzenia zasadności ograniczenia jawności oferty.”

Odwołujący uznał, że skoro referencyjna umowa jest jawna, nie sposób uznać, że informacje na temat wiedzy i doświadczenia wykonawcy tej umowy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Co więcej, każdy mógłby zapoznać z przedmiotowymi informacjami i dowiedzieć się z nich m.in. kto zrealizował przedmiotową dostawę, kto był jej odbiorcą, co było przedmiotem dostawy, kiedy dostawa została ukończona i ile wyniosła jej wartość. Są to zatem te informacje, które miały zostać podane w wykazie wykonanych/wykonywanych dostaw i które wykonawca Enigma oraz AMG bezpodstawnie zastrzegły jako tajemnicę przedsiębiorstwa, informacji tych nie sposób uznać za nieujawnione do wiadomości publicznej, skoro odwołujący mógł i nadal może zapoznać się z nimi bez trudu i w sposób dozwolony prawem.

W świetle powyższego, odwołujący przyjął za słuszne stanowisko, że usługi wykonane na rzecz zamawiających publicznych z obszaru Unii Europejskiej, zobowiązanych do stosowania regulacji dotyczących dostępu do informacji publicznej - z samej swojej istoty nie realizują przesłanek art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż w stosunku do nich nie jest realizowana przesłanka braku ujawnienia do wiadomości publicznej. Wszystkie umowy zawarte z podmiotami publicznymi w trybie Prawa zamówień publicznych są informacją publiczną - i każdy ma do nich dostęp. Co więcej - informacje zawarte w tych umowach są publikowane w Internecie na stronach Biuletynu Informacji Publicznej danego zamawiającego.

Reasumując - w ocenie odwołującego - dokonane przez Enigma i AMG zastrzeżenie wskazanych w odwołaniu oświadczeń i dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje te nie spełniają bowiem przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 4 ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), które wszystkie muszą być spełnione łącznie: 1) informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacje nie spełniają, w ocenie odwołującego, przynajmniej dwóch z ww. przesłanek (Ad 2 i 3) - z przyczyn, o których wspomniano powyżej. Bowiem nie można uznać, że do powyższych informacji nie można uzyskać dostępu drogą zwykłą i dozwoloną. Nie można również uznać, że wobec informacji, co do zasady jawnych *ex lege* - można w ogóle podejmować działań w celu zachowania poufności.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił.

W ocenie odwołującego, zamawiający naruszył przepisy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

II. Odwołujący wskazał dopuszczalność odwołania - ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności zamawiającego - zaniechania odtajnienia oferty Enigma oraz AMG może zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Oferta odwołującego może zostać wybrana, jako oferta najkorzystniejsza, gdyby zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy.

III. W przedmiocie terminu do wniesienia odwołania, odwołujący wskazał, że wobec informacji zamawiającego o zaniechaniu odtajnienia dokumentów, przekazanej faksem 6 maja 2013 r., odwołanie wniesione z uwzględnieniem 10 dniowego terminu, zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Odwołujący uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu z trzecią lokatą pod względem ceny, przy jedynym kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%, a zarzut odwołania dotyczy ofert klasyfikowanych w rankingu na pierwszej i drugiej pozycji.

Wykazanie naruszenia przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych, nie może mieć bezpośrednio wpływu na możliwość powstania szkody po stronie odwołującego, może mieć jedynie wpływ potencjalny, gdyż nieodtajnienie informacji, co najwyżej może uniemożliwić odwołującemu wgląd do informacji zastrzeżonych w ofertach. Stąd Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp w szerokim ich znaczeniu, mając na uwadze, że zaskarżone czynność i zaniechanie czynności przez zamawiającego dotyczą okoliczności związanych z trwającymi - badaniem i oceną ofert przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego przystąpili skutecznie wykonawcy: Sygnity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie po stronie odwołującego i AMG.net Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi po stronie zamawiającego, uzyskując status uczestników postępowania.

Do upływu terminu składania ofert, w dniu 5 marca 2013 r., siedmiu wykonawców złożyło oferty. Ranking ofert przy uwzględnieniu jedyne kryterium oceny ofert wskazywał na następującą kolejność kwestionowanych w odwołaniu ofert: 1 - AMG.net S.A. (przystępujący po stronie zamawiającego); 2 - konsorcjum: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i Comp S.A.; 3 - ESAPROJEKT Sp. z o.o. (odwołujący); 4 - Sygnity S.A. (przystępujący po stronie odwołującego).

Wykonawcy zastrzegli w ofertach tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie m.in. wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, w sposób opisany w rozdziale VI, pkt 2.1.1. lit. a SIWZ, co stanowi jedyny zarzut odwołania odnoszący się do dwóch wykonawców, których ceny ofert klasyfikują ich na pierwszej i drugiej pozycji w rankingu ofert.

W toku badania i oceny ofert, trwającym w dalszym ciągu, zamawiający występował do wykonawców o złożenie m.in. wyjaśnień dotyczących zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym do wykonawców AMG.net S.A. i konsorcjum: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i Comp S.A. - pismami z dnia 13 marca 2013 r. Wykonawcy złożyli wyjaśnienia - pisma z dnia 20 marca 2013 r. Zamawiający po dokonaniu oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiadomił wykonawców pismem z dnia 6 maja 2013 r. o odtajnieniu ofert: nr 2 AMG.net S.A. - wykaz wykonanych usług, pozycja 3 dodatkowo, wykonawca sam odtajnił pozycję 5, wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie; nr 4 Sygnity S.A. - wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, str. 47-56 oferty, zgodnie z wolą wykonawcy przekazaną w wyjaśnieniach z 20 marca 2013 r.; nr 6 Asseco Poland S.A. -

wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, str. 86-96 oferty, wykonawca sam odtajnił dokumenty składając wyjaśnienia 20 marca 2013 r. W pozostałym zakresie zastrzeżonych części ofert wykonawców oraz pozostałych ofert złożonych w postępowaniu - Ericpol Sp. z o.o.; Konsorcjum Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. oraz Decsoft S.A.; Esaprojekt Sp. z o.o. (odwołujący); konsorcjum Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. oraz Comp S.A., zamawiający w wyniku dokonania badania zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów złożonych wraz z ofertą, podjął decyzję o nieujawnianiu zastrzeżonych dokumentów, ponieważ zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) wykonawcy spełnili warunki stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu tego przepisu w zakresie zastrzeżonych dokumentów.

Odwołujący zakwestionował zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców, którzy złożyli korzystniejsze pod względem ceny oferty od oferty odwołującego, tj. wykonawców: AMG.net S.A. z pozycją 1 i konsorcjum: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i Comp S.A. z pozycją 2, wnosząc o odtajnienie wykazów wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie w zakresie wymaganym dla wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, określonym w rozdziale VI, pkt 2.1.1 lit. a SIWZ.

Na posiedzeniu Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, zamawiający złożył ustne oświadczenie do protokołu o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego.

W odwołaniu został przedstawiony jeden zarzut - zaniechanie odtajnienia ofert we wskazanym zakresie, dotyczący dwóch wykonawców (AMG.net S.A. i konsorcjum: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i Comp S.A.), z których jeden wykonawca przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (AMG.net S.A.) i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutu dotyczącego oferty tego wykonawcy.

Izba miała na uwadze, że czynność zamawiającego na tym etapie postępowania nie jest czynnością odnoszącą taki sam skutek wobec wszystkich wykonawców, którzy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa. W każdym z tych przypadków ocena zasadności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy, dokonywana jest indywidualnie w określonym zakresie i w odniesieniu do konkretnych danych w sprawie (por. wyrok Izby z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1498/10).

Okoliczność ta nie budziła wątpliwości w toku postępowania odwoławczego i nie była

kwestionowana przez strony i uczestników postępowania. Wykonawca AMG.net S.A. wnoszący sprzeciw jednoznacznie sprecyzował swoje stanowisko, iż dotyczy ono zarzutów związanych z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonej przez niego ofercie.

Nie podniósł zarzutów wobec zamawiającego w zakresie drugiej oferty i nie miał żadnego uzasadnienia i interesu w podejmowaniu czynności na rzecz tego wykonawcy. Nie kwestionował czynności, co do uwzględnienia odwołania i wynikających z tego skutków w odniesieniu do wykonawcy - konsorcjum: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i Comp S.A., który nie przystąpił do postępowania odwoławczego, dostępnego w wyniku zasady koncentracji środków ochrony prawnej. Wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w sytuacji, gdy zarzut skierowany został wobec dwóch wykonawców, w tym tylko jeden przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, Izba uznała, że uwzględnienie zarzutów w części nieobjętej sprzeciwem przystępującego AMG.net S.A. jest skuteczne, co powoduje obowiązek zamawiającego dokonania czynności zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu wobec wykonawcy nie biorącego udziału w sprawie (por. wyroki Izby - z 8 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 115/13, z 9 marca 2012 r., sygn. akt KIO 385/12, z 2 lutego 2011 r., sygn. akt KIO/129/11 i KIO/141/11).

Jednocześnie wobec braku w ustawie Pzp instytucji częściowego umorzenia postępowania - niecelowe jest rozpoznawanie zarzutu dotyczącego wykonawcy konsorcjum: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i Comp S.A., uwzględnionego przez zamawiającego (por. wyroki Izby jw. oraz z 22 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2653/10). Spór dotyczący oferty tego wykonawcy, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, nie występuje i prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Orzekanie w zakresie już nieistniejącego przedmiotu sporu stanowiłoby naruszenie *ratio legis* ustawy Pzp (por. wyrok z 30 marca 2012 r., sygn. akt KIO 510/12).

Należy mieć na uwadze (wniosek z orzecznictwa), że zamawiający powtarzając czynność uwzględnia cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego podejmując czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia, winien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów prawa.

W uzasadnieniu wyroku z 15 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 217/12, Izba wyraziła pogląd o niedopuszczalności zadośćuczynienia żądaniom uwzględnionego odwołania, gdyby prowadziło to do niezgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy.

Również według uzasadnienia wyroku Izby z 31 października 2012 r., sygn. akt KIO 2296/12, pomimo stwierdzenia, że fakt niewykonania przez zamawiającego wszystkich żądań odwołania nie budzi żadnych wątpliwości, powyższe nie może stanowić podstawy do uwzględnienia obecnie rozpatrywanego odwołania. W wyroku z dnia 9 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2804/12, Izba odmówiła uwzględnienia żądań odwołania, powołując się na literalne brzmienie art. 186 ust. 2 Pzp, względem czynności zamawiającego, który nie wykonał wszystkich czynności objętych żądaniem uprzednio uwzględnionego odwołania. W ocenie Izby, przy ponownie wykonywanych czynnościach, zamawiający był uprawniony do uwzględnienia wszystkich okoliczności, które miały znaczenie dla ich prawidłowości, a czynności będące tego wynikiem mogły nie odpowiadać żądaniom wykonawcy podniesionym w uwzględnionym odwołaniu.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie, na podstawie art. 186 ust. 4 Pzp, w zakresie objętym sprzeciwem wykonawcy AMG.net S.A., wobec uwzględnienia zarzutu dotyczącego jego oferty.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego i ocenie zebranego materiału, z uwzględnieniem obowiązku dowodowego w toku kontradyktoryjnej procedury, Izba uwzględniła ustalone w toku okoliczności faktyczne i przypisane im regulacje prawne, biorąc pod uwagę jak niżej, przy czym wydając wyrok, zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wzięła za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Izba uznała, że wobec nie wykazania spełnienia przesłanek z art. 192 ust. 2 Pzp, brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania.

Z przepisu art. 8 ust. 3 Pzp wynika, że wykonawca chroniąc swoje wartości wskazane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, uprawniony jest do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w granicach przesłanek określonych w tym przepisie, zaś zamawiający do ich nie ujawniania.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/06 (M. Prawny 2007/7/342) orzekł na podstawie przepisu ustawy, że „tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co, do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności.”

Przepisy Pzp nie regulują kwestii związanych z odtajnianiem zastrzeżonych informacji.

Powinność, wskazana, jako obowiązek zamawiającego poddania weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie jego skuteczności, wynika z postanowień uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05. Procedura dokonania weryfikacji oraz czas, sposób i ocena skuteczności zastrzeżenia, została pozostawiona zamawiającemu, ze skutkiem, w przypadku bezzasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zdjęcia klauzuli tajności informacji (odtajnienia).

Sąd Najwyższy podniósł w uzasadnieniu uchwały, m.in., że: „Skoro więc zamawiający może z woli ustawodawcy ograniczyć dostęp do informacji tylko w ustawowo określonych przypadkach, to aby móc skorzystać z tego uprawnienia zgodnie z ustawą, musi uprzednio stwierdzić, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie.

Z oczywistych względów wymaga to podjęcia przez zamawiającego określonych badań. (...) Skoro więc skuteczność dokonanego przez wykonawcę, nawet w wymaganym terminie, zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania, została uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to oczywiste jest, iż właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiła omawiana przesłanka. (...) Jego obowiązkiem jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i u.z.n.k., którego interpretację zawiera ustabilizowane już orzecznictwo (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67 i z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59).”

W dalszej części uzasadnienia uchwały Sąd wywiódł, że informacje, potwierdzające spełnianie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, żądanych przez zamawiającego stosownie do § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. [przepis obowiązujący w dacie podjęcia uchwały] w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw lub usług, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy lub usługi te zostały wykonane należycie), stanowią treść oferty i podlegają, zarówno zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, jak też obligatoryjnemu badaniu przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia.

W ocenie Izby, wyłączone znaczenie w sprawie ma poprawne zakwalifikowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego w kontekście spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Inne informacje mające wartość gospodarczą to w szczególności informacje handlowe. Jej istotą jest też poufność, tj. nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem(...). Ponadto zastrzegający tajemnicę musi wykazać, że podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca (por. wyrok Izby z 20 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1172/11).

W orzecznictwie przywołanym w odwołaniu wskazano, że jeżeli treść wykazów dostaw/ usług/ robót budowlanych zawiera dane odpowiadające opisowi sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, w którym składany jest wykaz i opis usługi przedstawiony w wykazie jest powieleniem opisu warunku, taka część informacji, może być uznana, jako niepodlegająca utajnieniu.

W wyroku z dnia 21 marca 2012 r., sygn. akt KIO 457/12, akceptowanym w orzecznictwie, Izba orzekła, że „(...) w badanym stanie faktycznym w części związanej z pisemnymi zobowiązaniami innych podmiotów do oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zostały spełnione przesłanki wymagane do uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba wskazuje, że wbrew przypuszczeniom odwołującego, treść zobowiązań innych podmiotów w zakresie oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, nie ma charakteru ogólnego, który jest jedynie powieleniem treści przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, a zawierają informacje o charakterze organizacyjnym, które mogą być uznane za takie, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i winny podlegać ochronie. Niewątpliwie ujawnienie tego rodzaju informacji mogłoby narazić wykonawców na poniesienie szkody. Z charakteru informacji zawartych w treści zobowiązań

innych podmiotów wynika również, że nie posiadają one waloru informacji powszechnie dostępnych. Wyjaśnienia wykonawców a także sposób zabezpieczenia informacji we wnioskach wskazuje, że podjęto właściwe kroki w celu zachowania tych informacji w poufności”.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanego zarzutu, Izba uznała, że w sytuacji, gdy:

- opis usług wykazanych na potwierdzenie spełniania warunku zawiera informacje przedstawione w zobowiązaniu o udostępnieniu wykonawcy AMG.net S.A. zasobów na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp (str. 62 oferty) z zastrzeżeniem informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
- referencje (str. 51-54 i 55-56 oferty) i odpowiadający referencjom wykaz usług (w zakresie objętym odwołaniem - pozycje 1 i 2 str. 47 i 48 oferty) zostały również zastrzeżone przez wykonawcę na str. 1 oferty, jako tajemnica przedsiębiorstwa (zastrzeżenie następcze),
- wykonawca złożył w toku badania przez zamawiającego zasadności zastrzeżenia wyjaśnienia (pismo z 20 marca 2013 r.), w których podtrzymał zastrzeżenie złożone w terminie składania ofert w zakresie wykazu usług wraz z potwierdzeniem należytego ich wykonania, poza pozycją 5 oraz pisemne zobowiązania podmiotów trzecich wraz z przynależnymi dokumentami, udostępniających zasoby, także wykaz osób (poza zarzutem odwołania),
- w uzasadnieniu pisma wykonawca wskazał, że jest zobligowany zobowiązaniem podmiotów udostępniających zasoby do zachowania tajemnicy dotyczącej, zarówno samego faktu udostępnienia zasobów, jak też informacji zawartych w dokumentach,
- wskazał też zakres wartości informacji - gospodarczej, oraz specyfikę informacji, co do której podjął niezbędne działania mające na celu zachowanie ich poufności,
- ponadto wskazał, że dokumenty wytworzone dla potrzeb przedmiotowego postępowania nie mają waloru powszechnej dostępności (ograniczony krąg adresatów) - przy braku jakiegokolwiek dowodu przeciwnego, okoliczności sprawy nie uzasadniają nakazania zamawiającemu uchylecia dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia.

Z jedyne dowodu przedłożonego na rozprawie, wyłącznie przez wykonawcę AMG.net S.A., uzyskanego w celu przedstawienia stanowiska podmiotu udostępniającego zasób, w postępowaniu odwoławczym (oświadczenie z dnia 24 maja 2013 r.), wynika potwierdzenie, że wolą podmiotu udostępniającego zasób jest zachowanie poufności referencji, w szczególności dotyczących danych projektów (wskazanych w kwestionowanym w odwołaniu wykazie usług podanych w pozycjach 1 i 2).

Powołanie się przez odwołującego na definicję rejestru publicznego (art. 3 pkt 5 ustawy z

dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne), jawność umów i dostęp do informacji publicznej oraz dyrektywę 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego (na rozprawie wykonawca AMG.net S.A. podniósł brak podstaw do zastosowania dyrektywy, na mocy art. 1 ust. 2 lit. c w zakresie dokumentów wyłączonych z dostępu na podstawie systemów dostępu Państw Członkowskich, również ze względu na: (...) - tajemnicę statystyczną lub handlową) i wywodzenie na tej podstawie domniemania, że informacja została ujawniona do wiadomości publicznej oraz nie podjęto w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności, jest nieuzasadnionym, jak wskazał przystępujący AMG. net S.A., przyjęciem automatyzmu, że informacje przedstawione w wykazie usług oraz referencjach, stanowią informację publiczną.

Podanie do protokołu przez Sygnity S.A. (przystępujący po stronie odwołującego), na podstawie informacji internetowej, przypuszczalnego wykonania dwóch projektów przez podmiot udostępniający zasób, bez przedłożenia chociażby potwierdzonego jakiegokolwiek wydruku, co do treści informacji, nie stanowi okoliczności potwierdzającej zarzut przedstawiony w odwołaniu, co do braku poufności informacji.

W rozpoznawanej sprawie, zamawiający w wyniku obszernego i precyzyjnego postępowania wyjaśniającego uznał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy AMG. net S.A. w zakresie kwestionowanym w odwołaniu. Zmiana stanowiska zadeklarowana przez zamawiającego na posiedzeniu Izby - uwzględnienie zarzutu przedstawionego w odwołaniu, przy sprzeciwie wykonawcy wskazującym brak uzasadnienia takiej zmiany, nie może stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu odwołania.

Wskazanie na ogólną dostępność informacji, czy informacje z nieskonkretyzowanych stron internetowych, bez przedłożenia jakiegokolwiek potwierdzenia tego faktu, które stanowiłoby dowód z zapisu elektronicznego (dowód z dokumentu prywatnego, że wykonawca lub podmiot udostępniający zasoby złożył w Internecie określoną treść), mimo wskazywania przez skład orzekający Izby w toku rozprawy obowiązku wynikającego z przepisu art. 190 ust. 1 Pzp, nie może stanowić, w ocenie Izby, wystarczającej podstawy do nakazania odtajnienia informacji.

W kontekście powyższego, Izba uznała, że nie zostało potwierdzone stanowisko odwołującego, że przynajmniej dwie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa - Ad 2 i 3 [2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności] nie zostały spełnione.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, uznając zasadność stanowiska wykonawcy wnoszącego sprzeciw i jednocześnie brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1, 2 i 3, w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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: