

**Sygn. akt: KIO 1646/16**

**WYROK**

**z dnia 20 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2016 r. przez **INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ursynowska 72, 02-605 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Cloudware Polska Sp. z o.o., ul. Pory 59, 02-757 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odtajnienie wszystkich dokumentów, załączonych do pisma Cloudware Polska Sp. z o.o. z dnia 3.08.2016 roku, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Cloudware Polska Sp. z o.o., ul. Pory 59, 02-757 Warszawa i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ursynowska 72, 02-605 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Cloudware Polska Sp. z o.o., ul. Pory 59, 02-757 Warszawa na rzecz INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ursynowska 72, 02-605 Warszawa kwotę 18 716,10 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset szesnaście złotych i dziesięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Narodowy Bank Polski - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Modyfikacja i rozbudowa Zintegrowanego Systemu Monitorowania”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20.04.2016 roku pod poz. 2016/S 077-137494.

W dniu 5 września 2016 roku Odwołujący - Ingrifo sp. z o.o. sp.k. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty Cloudware sp. z o.o.
2. zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów (dalej jako „Załączniki do uzupełnienia”) załączonych do pisma Cloudware z dnia 03.08.2016 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 29.07.2016 r.
3. zaniechaniu wykonania wszystkich żądań Odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 30.06.2016 r., w tym w szczególności wykluczenia Cloudware oraz odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, mimo uwzględnienia w całości odwołania złożonego przez Odwołującego z dnia 11.07.2016 roku.
4. ewentualnie wobec pkt 1.3 powyżej, zaniechaniu wykluczenia Cloudware oraz odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 8 ust. 1, 2, 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Cloudware, a zawarte w Załącznikach do uzupełnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechanie odtajnienia Załączników do uzupełnienia, pomimo, że Cloudware nie wykazał, że dane zawarte w tych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
2. art. 186 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykonania wszystkich żądań Odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 30.06.2016 r., w tym wykluczenia Cloudware oraz odrzucenia jego oferty, pomimo uwzględnienia w całości odwołania złożonego przez Odwołującego pismem z dnia 11.07.2016 r., w tym zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,
3. ewentualnie wobec pkt 2.2. powyżej, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Cloudware oraz odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Cloudware,
2. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu Załączników do uzupełnienia z dnia 03.08.2016 r. wraz z jednoczesnym nakazaniem unieważnienia oceny ofert i nakazaniem dokonania ponownej oceny ofert po udostępnieniu ww. dokumentów,
3. dokonania ponownej oceny ofert i wykonania wszystkich żądań Odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 30.06.2016 r., w tym wykluczenia Cloudware oraz odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków,
5. ewentualnie wobec pkt 3.4. powyżej, nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wykluczenia Cloudware oraz odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób bezpodstawny przyjął, że Cloudware w sposób dostateczny zastrzegł, że Załączniki do wyjaśnień stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie Cloudware zastrzegł całą treść Wyjaśnień, a także Załączników do Wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odniesieniu do utajnionego wykazu usług, Cloudware powołał się na obowiązek poufności wynikający z umowy o zachowaniu poufności zawartej z określonym klientem. Znamiennym jest przy tym, że wykonawca ten nie wykazał w żaden sposób, aby takie zobowiązanie istniało, chociażby poprzez przedłożenie stosownego fragmentu umowy z tym podmiotem. Ponadto, na gruncie Pzp ochronie podlega wyłącznie tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy, a nie jego kontrahentów. Tym samym, zastrzeżenie Załączników do Wyjaśnień, z powołaniem na zobowiązanie w stosunku do podmiotu trzeciego było *prima facie* niemożliwe. W odniesieniu do złożonego wykazu osób, wskazał, że ich ujawnienie będzie prowadzić do „uzyskania, przez inne podmioty przewagi konkurencyjnej” (przy czym twierdzenie to nie zostało w żaden sposób uzasadnione), a dodatkowo powołał się na ochronę wynikającą z przepisów o ochronie danych osobowych.

Powołując się na poglądy doktryny i orzecznictwa, Odwołujący podniósł, że W niniejszej sytuacji Zamawiający powinien odtajnić Załączniki do uzupełniania w całości, z uwagi na brak udowodnienia przez Cloudware, że zastrzeżone przez niego informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Zwrócić należy uwagę, że nowelizacja dokonana na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych

(Dz.U.2014.1232) wprowadziła w art. 8 ust. 3 Pzp wyraźny zapis, iż jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być uznane informacje, które zostały zastrzeżone nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz co do których wykonawca wykazał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla dokumentów składanych razem z wyjaśnieniami - termin ten upływa oczywiście wraz z momentem złożenia wyjaśnień. Po tym dniu, uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy wygasa.

Cloudware nie wykazał, aby informacje zastrzeżone w Uzupelnieniu oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa miały taki charakter. Cloudware ograniczył się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń bez żadnych dodatkowych wyjaśnień i dowodów. Cloudware podjął (nieudane) próby wykazania, że dane informacje posiadają wartość gospodarczą, jednakże w żaden sposób nie odniósł się do pozostałych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy. W szczególności wykonawca ten nie wykazał, aby zastrzeżone informacje stanowiły jakąkolwiek wartość gospodarczą, handlową, organizacyjną czy też techniczną dla Cloudware. Co do zasady bowiem świadczenie usług na rzecz kontrahenta (nawet nie wiadomo czy prywatnego czy też z sektora finansów publicznych) nie stanowi takiej wartości, a wręcz niekiedy jest i to przedmiotem swego rodzaju reklamy. Nadto Cloudware nie wykazał, aby w odniesieniu do informacji podjął jakiegokolwiek działania w celu zachowania poufności informacji, bądź też, by informacja ta nie została udostępniona do wiadomości publicznej. W ocenie Odwołującego, Wykazanie istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może się sprowadzać do ogólnikowego stwierdzenia, że zawarte w Wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, albo że nie mogą być udostępniane osobom trzecim. Wykonawca winien wykazać, iż wszystkie trzy przesłanki składające się na pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione i należy to uzasadnić. Tego jednak Cloudware nie zrobił.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie dokonał należytej oceny skuteczności poczynionego przez Cloudware zastrzeżenia oraz wskazał, że ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej czynności. Wadliwa ocena dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnej oferty, a tym samym skuteczne skorzystanie ze środków ochrony. Zatem bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa pociąga, zdaniem Odwołującego, konieczność unieważnienia czynności oceny ofert.

Jako kluczową w sprawie, Odwołujący wskazał okoliczność, że złożył już w tym postępowaniu inne odwołania, które zostało w pełni uwzględnione przez Zamawiającego, a żaden podmiot nie wniósł w tym zakresie sprzeciwu. Postanowieniem z dnia 12.07.2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie w sprawie. Skoro Zamawiający uznał

wcześniejsze odwołanie Odwołującego w całości winien też w całości, zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, wypełnić żądania Odwołującego. Tym samym winien wykluczyć z postępowania Cloudware oraz odrzucić ofertę tego wykonawcy. Odwołujący stoi na stanowisku, że uwzględnienie odwołania prowadzić powinno do wykonania wszystkich wniosków odwołania, w tym wykluczenia Cloudware. Z ostrożności przedstawił w odwołaniu także argumentację uzasadniającą wykluczenie Cloudware w przypadku merytorycznego rozpoznania zarzutów zawartych w pierwotnym odwołaniu a odnoszącą się do złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Wskazał, że w celu wykazania spełniania warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia z pkt. 2.2 rozdziału Villi siwz, Cloudware powołał się na wykonanie usługi pn. „Wdrożenie kompleksowego systemu monitoringu infrastruktury informatycznej opartego na usługach (SOA)”. Jednocześnie wykonawca podał, że wdrożenie odbyło się w terminie od 28 października 2013 roku do 28 lipca 2014 roku, natomiast utrzymanie miało miejsce w latach 2014 - 2018. Działanie to było nacelowane na wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Wymóg z pkt. 2.2 rozdziału VIII siwz w sposób jednoznaczny wskazywał bowiem na konieczność wykonania usług modyfikacji systemu monitorowania środowiska informatycznego oraz wdrożenia monitorowania usług opartego na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM przez okres co najmniej 12 miesięcy. Natomiast z dokumentów j przedłożonych przez Cloudware jednoznacznie wynika, że wdrożenie i modyfikacja odbyły się w terminie od 28 października 2013 roku do 28 ; lipca 2014 roku, tj. w okresie zaledwie 9 miesięcy. Jednocześnie wykonawca ten dodał nieistotną dla niniejszego postępowania informację, że niezależnie od wdrożenia i modyfikacji, świadczył jeszcze usługi utrzymania w okresie 2014 - 2018. Wykonawca ten z całą pewnością miał świadomość, że usługi utrzymania nie kwalifikują się jako doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, jednakże podał tą informację celem wywołania błędnego przekonania Zamawiającego, że usługi świadczone były przez wymagany przez Zamawiającego okres - tj. 12 miesięcy.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje.**

Postanowieniem z dnia 12 lipca 2016 r. o sygn. akt KIO 1164/16 Krajowa Izba Odwoławcza, na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania wniesionego dnia 30 czerwca 2016 r. przez Ingrifo Sp. z o.o. sp.k., umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie. Odwołanie z dnia 30 czerwca 2016 r. dotyczyło czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na: wyborze jako najkorzystniejszej oferty Cloudware, zaniechaniu wykluczenia Cloudware oraz odrzuceniu jego oferty na skutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ewentualnie na zaniechaniu wezwania Cloudware do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 2..2. rozdziału VIII Siwz oraz zaniechaniu wezwania Cloudware do udzielenia wyjaśnień w zakresie listy osób złożonej na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazanego w pkt 2.3 rozdziału VII Siwz.

W odwołaniu z dnia 30 czerwca 2016 roku Odwołujący żądał uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty Cloudware, dokonania ponownej oceny ofert i: wykluczenia Cloudware oraz odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ewentualnie wobec powyższej sformułowanego żądania wezwania Cloudware do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 2..2 rozdziału VIII siwz, wezwania Cloudware do złożenie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymaganego w pkt 2.3 rozdziału VIII.

Zamawiający, uwzględniał zarzuty odwołania w całości i wykonując żądania Odwołującego przystąpił do ponownej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz ponownego badania i oceny ofert, skutkiem czego pismem z dnia 29 lipca 2016 r. wezwał Cloudware do złożenia: 1. wykazu głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie wg wzoru formularza

złącznika nr 5 do siwz. 2. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami wg wzoru załącznika nr 6 do siwz.

W odpowiedzi, przekazanej Zamawiającemu w dniu 3 sierpnia 2016 r., wykonawca Cloudware, załączył wykaz głównych usług oraz wykaz osób. Jednocześnie wskazał, że informacje zawarte w tych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk) i wniósł o utajnienie wszystkich stron odpowiedzi z dnia 3 sierpnia 2016 r. wraz z załącznikami. W uzasadnieniu swojej decyzji wskazał na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 uznk i podniósł, że Cloudware podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Podniósł także, że pomiędzy wykonawcą a podmiotami obowiązuje umowa o zachowaniu w poufności co do wszystkich informacji mających znaczenie dla stron, w szczególności o samych podmiotach, zakresie realizowanych prac oraz wynegocjowanym wynagrodzeniu. Prace nadal są realizowane i mają dla stron istotne, gospodarcze znaczenie. Tak więc informacje nie zostały i nadal nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej przez wykonawcę Cloudware. Wskazał, że załączony wykaz osób zawiera dane konkretnych osób związanych z realizacją projektu na rzecz wskazanego Klienta. Posiadana przez nich wiedza zdobywana jest na przestrzeni wieloletniej działalności. Wyjawienie tego typu informacji będzie prowadziło do uzyskania przez inne podmioty przewagi konkurencyjnej. Wskazał, że dokumenty zawierające dane osób uczestniczących w realizacji zamówienia podlegają również ochronie wynikającej z przepisów o ochronie danych osobowych.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

#### **Odwołanie zasługuje na uznanie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.



Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, a w toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą wykonawca Cloudware oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. W tych okolicznościach, Izba mając na uwadze treść art. 186 ust. 4 ustawy Pzp rozpoznała merytorycznie odwołanie.

W pierwszej kolejności, wskazać należy, że Izba nie podzieliła argumentacji wnoszącego sprzeciw Cloudware co do istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania.

Po pierwsze, nie można zgodzić się z poglądem wnoszącego sprzeciw, że termin na wniesienie odwołania w zakresie nieuzasadnionego utajnienia informacji zawartych w załączniku do wyjaśnień z dnia 3 sierpnia 2016 r, należy liczyć od dnia w którym Odwołujący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. W ocenie Izby zarzut zaniechania odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa aktualizuje się dopiero w momencie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, w tej bowiem dacie Zamawiający ostatecznie przekazuje wykonawcom informację co do dokonanej przez siebie oceny skuteczności poczynionych zastrzeżeń. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. IIICZP 74/05 badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie warunków, wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy do obowiązków zamawiającego. Ocena skuteczności objęcia pewnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest elementem badania i oceny ofert, co oznacza, że dopóki Zamawiający nie zakończy tej oceny nie można postawić mu zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Stąd stanowisko zgłaszającego sprzeciw, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 i 3 oraz 96 ust. 3 w zw. 11 ust. 4 jest spóźniony jest zupełnie nieuzasadnione.

Istotnie zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 30 czerwca 2016r. Zauważyć należy, że w odwołaniu wniesionym dnia 30 czerwca 2016r, Odwołujący sformułował zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Cloudware na skutek złożenia nieprawdziwych informacji oraz wskazał jako zarzut ewentualny wobec opisanego wyżej - na zarzut zaniechania wezwania Cloudware do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania w dniu 11 lipca 2016 r. uznał za zasadne żądanie Odwołującego co do wezwania wykonawcy Cloudware do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co jednocześnie wykluczało możliwość wykonania żądania Odwołującego polegającego na wykluczeniu Cloudware z udziału w postępowaniu z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji, mogących lub mających wpływ na wynik

postępowania. Stąd, w ocenie Izby niezasadna jest argumentacja Odwołującego, że Zamawiający zaniechał wykonania wszystkich żądań zawartych w odwołaniu z dnia 30 czerwca 2016r.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zdaniem Izby, w tym zakresie mamy do czynienia z *res iudicata*. Zarzuty te jako alternatywne wobec zaniechania wezwania do uzupełniania dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp były już podniesione przez tego Odwołującego w odwołaniu z dnia 30 czerwca 2016 r. wraz z identyczną argumentacją jak w aktualnie rozpatrywanym odwołaniu. Zamawiający, uwzględniając odwołanie z dnia 30 czerwca 2016 r. i wykonując żądanie alternatywne sformułowane przez Odwołującego polegające na wezwaniu wykonawcy Cloudware do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, potwierdził, że nie zgadza się z argumentacją Odwołującego co do istnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy Cloudware w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba podzieliła natomiast pogląd prezentowany przez Odwołującego co do braku skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników do pisma Cloudware z dnia 30 czerwca 2016 roku. Zdaniem Izby zarówno wykaz głównych usług wraz z referencjami jak i wykaz osób i pozostałe dokumenty, załączone do pisma z dnia 30 czerwca 2016r. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 uznk.

Izba wielokrotnie w orzeczeniach podkreślała, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zwrócić należy uwagę, że w poprzednim stanie prawnym (przed nowelizacją z dnia 29 sierpnia 2014 r. Dz.U. 2014.1232) ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in., że: „słuszny w swym założeniu przepis (*przyp. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp*) jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań

zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”

Z powyższego wynika, że po nowelizacji na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj.:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oceniając złożone przez wykonawcę Cloudware wyjaśnienie zastrzeżenia złożonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła, że wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą.

Złożone w dniu 3 sierpnia 2016 r. wyjaśnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich stron odpowiedzi wraz z załącznikami, jest lakoniczne, ogólnikowe i odwołuje się jedynie do definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wykazano w żaden sposób że informacje zawarte w tych wykazach nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej, nie opisano jakie wykonawca podjął działania w celu zachowania tych danych w poufności. Izba zwróciła uwagę także na fakt, że w uzupełnionym w dniu 3 sierpnia 2016 r. wykazie osób ujęto dane tych samych osób, które były wcześniej wskazane w analogicznym wykazie załączonym do oferty Cloudware i które nie zostały wówczas objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Już sama ta okoliczność powoduje, że z uwagi wcześniejsze podanie tych informacji do publicznej wiadomości nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, o jakiej mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Odnośnie wykazu usług Izba wskazuje, że informacje dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości (szczególnie z uwagi na brak wskazania dokładnych wartości), a także nazwy zamawiającego oraz daty rozpoczęcia realizacji, w tym także treść referencji, które są powieleniem tych informacji - nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Złożona w toku rozprawy przez wnoszącego sprzeciw umowa o zachowaniu poufności nr 07/01/2014 zwarta pomiędzy Getin Noble Bank S.A. a Cloudware, nie może być wzięta pod uwagę przez Izbę z uwagi przede wszystkim na fakt, że nie została ona złożona wraz z

udzielonymi w dniu 3 sierpnia wyjaśnieniami. Zauważyć należy, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprowadził także termin na wykazanie skuteczności poczynionego zastrzeżenia, wskazując, że wykazanie musi nastąpić nie później niż w dniu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału. W przypadku dokumentów składanych wraz z wyjaśnieniami termin na wykazanie skuteczności zastrzeżenia upływa z chwilą złożenia wyjaśnień, po tym terminie uprawnienie do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wygasa. Niezależnie od tego, zdaniem Izby złożona do akt sprawy umowa o zachowaniu w poufności, wskazuje w § 1 ust. 2 na zakres informacji, które mogą być poufne i podaje, że takie informacje są oznaczone przez sam bank jako poufne. Tymczasem na dokumentach złożonych w dniu 3 sierpnia 2016 r, w tym w szczególności referencjach z banku brak takiego zastrzeżenia poczynionego przez samego dysponenta poufnych informacji, jakim jest bank.

Z uwagi na powyższe, Izba w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odtajnienie wszystkich dokumentów, załączonych do pisma Cloudware Polska Sp. z o.o. z dnia 3.08.2016 r., objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....