

Sygn. akt: KIO 2609/10

WYROK

z dnia 13 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2010 r. przez **Bluesoft spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 28** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 148/150**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża **Bluesoft spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 28** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Bluesoft spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 28** tytułem wpisu od odwołania
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Bluesoft spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 28** na rzecz **Komendy Głównej Policji z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 148/150** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na utworzenie międzynarodowej bazy danych wraz z aplikacją internetową oraz forum dyskusyjnym o nazwie „Forensic Aid for Vehicle Identificatin – FAVI”, dotyczącej oznaczeń identyfikacyjnych pojazdów zostało wszczęte przez zamawiającego Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 148/150 i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2010r. za numerem 2010/S 184-280966.

W dniu 10 listopada 2010r. zamawiający wezwał Bluesoft spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 28, zwaną dalej odwołującym, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – w skrócie ustawy) do wyjaśnienia treści złożonej oferty tj. wskazania, jakie działania zostały przez odwołującego podjęte w celu zachowania poufności dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych na stronach 8 – 32 i 58 -66 oferty. Wskazał, że wyjaśnienia powinny być złożone do dnia 16 listopada 2010r. do godz. 12:00.

W dniu 16 listopada 2010r. odwołujący złożył wyjaśnienia, w których powołał się na treść art. 8 ust. 3 ustawy, art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wyrok SN z dnia 3 października 2000r. sygn. akt I CKN 304/00 i podniósł, że wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami załączonymi na potwierdzenie należytego wykonania usług zawiera informacje handlowe mające istotną wartość gospodarczą, informacje te nie są znane ogółowi, nie zostały podane do publicznej wiadomości, dotyczą umów zawartych poza systemem zamówień publicznych, w ramach, których zawarto klauzule poufności, współpracownicy odwołującego także zostali zobowiązani do poufności w ramach umów o współpracy. W zakresie szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, to również ten dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zawiera informacje techniczne i technologiczne, stanowiące know-how odwołującego mające istotną wartość gospodarczą, nie są znane ogółowi, nie zostały podane do wiadomości publicznej oraz odwołujący podjął działania zmierzające do zachowania ich w poufności. Ponadto odwołujący podał, że każda oferta składana przez odwołującego opatrzona jest klauzulą poufności, a dodatkowo oferty komercyjne zawierają zakaz wykorzystywania przedstawionych treści bez zgody odwołującego. Podniósł, że ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić mu szkodę oraz, że dochował terminu do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy.

W dniu 22 listopada 2010r. zamawiający poinformował odwołującego, że dokonuje odtajnienia zastrzeżonego wykazu usług wraz z odpowiednimi referencjami wskazanymi w pozycjach 1, 2, 3 i 4 wykazu. Na uzasadnienie swego stanowiska powołał uchwałę SN z dnia 21 października 2000r. sygn. akt II CZP 74/05 oraz wyrok Izby z dnia 24 maja 2010r. sygn. akt KIO/UZP 818/10. Podniósł, że w świetle art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie można uznać, aby informacje niezbędne do wykazania doświadczenia wykonawcy mogły stanowić tajemnice przedsiębiorstwa, gdyż nie mają charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego, ani też bezpośrednio nie posiadają wartości gospodarczej rozumianej wyłącznie, jako wartość ekonomiczna danej informacji.

W dniu 25 listopada 2010r. odwołujący na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy zawiadomił zamawiającego o podjęciu niezgodnej z ustawą czynności polegającej na bezpodstawnym odtajnieniu zastrzeżonej części oferty. Wskazał, że zamawiający dokonał odtajnienia bez podania podstaw prawnych swojej decyzji, gdyż orzeczenia SN i Izby nie są źródłami prawa wg. Konstytucji RP, a jedynie aktami stosowania prawa wydawanymi w indywidualnej sprawie. Nadto zamawiający powołał się jedynie na tezę uchwały SN pomijając jej uzasadnienie. Odwołujący przytoczył w jego ocenie całość wytycznych interpretacyjnych z uchwały SN i wskazał, że badanie przez zamawiającego podstaw zastrzeżenia tajemnicy ograniczyło się do zapytania odwołującego, jakie czynności podjął dla zachowania informacji w poufności. Natomiast zaniechał badania, czy informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołał także wyrok SN z dnia 5 września 2001r. sygn. akt I CKN 1159/2000 i podniósł, że ani odwołujący, ani żaden z jego kontrahentów nie ujawnił publicznie informacji na temat łączących ich umów, w tym szczegółowych zakresów zamówienia, ponadto obowiązek zachowania poufności wynika z łączących odwołującego i kontrahentów umów, a także informacje te mają charakter handlowy, bo dotyczą jego kontrahentów oraz szczegółów zrealizowanych zamówień. Żaden inny podmiot nie mógł powziąć o nich wiadomości w toku zwykłej dozwolonej drogi, a informacje te były używane w innych przetargach zawsze z zastrzeżeniem poufności, który nie był kwestionowany przez innych zamawiających. Podniósł, że stosuje zaawansowane rozwiązania informatyczne przy realizacji zamówień oraz w wewnętrznej strukturze, celem zapewnienia, aby nie doszło do wypływu informacji na zewnątrz. Podniósł, że działanie zamawiającego naraża go na szkodę i zażądał unieważnienia czynności odtajnienia wykazu usług wraz z odpowiednimi referencjami wskazanymi w pozycjach 1, 2, 3 i 4 wykazu.

Zamawiający pozostawił to pismo bez odpowiedzi.

W dniu 2 grudnia 2010r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której pozostali wykonawcy mogą uzyskać dostęp do informacji zastrzeżonych, co może wpłynąć na pozycję odwołującego na rynku oraz naruszyć uczciwą konkurencję, art. 8 ust. 1 ustawy poprzez nadużycie zasady jawności, art. 8 ust. 2 poprzez nieograniczenie dostępu do informacji, pomimo zaistnienia przesłanek do takiego ograniczenia, art. 8 ust. 3 ustawy poprzez ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego oraz art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 ustawy poprzez nieutajnienie oferty odwołującego, mimo skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i to jedynie w odniesieniu do danych taką tajemnicę stanowiących. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż przez odtajnienie może dojść do ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, co może mieć wpływ na odwołującego się. Nadto może on ponieść szkodę poprzez ujawnienie informacji poufnych, do których ujawnienia nie był upoważniony oraz do których chronienia jest zobowiązany na podstawie odrębnych postanowień. Wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odtajnieniu oferty odwołującego i nakazanie zamawiającemu dokonania utajnienia części oferty odwołującego zastrzeżonej, jako zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu odwołania odwołujący powtórzył argumentację zawartą w wyjaśnieniach z dnia 16 listopada 2010r. oraz zastrzeżeniach z dnia 25 listopada 2010r. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo rodzajowe z dnia 2 grudnia 2010r. podpisane przez prezesa zarządu odwołującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 2 grudnia 2010r. faksem.

Zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu w dniu 3 grudnia 2010r.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania tj. ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 10 listopada 2010r., odpowiedzi odwołującego z dnia 16 listopada 2010r., decyzji zamawiającego, co do odtajnienia informacji z dnia 22 listopada 2010r., zastrzeżeń odwołującego z dnia 25 listopada 2010r. informacji o wyniku postępowania z dnia 29 listopada 2010r.

Izba dopuściła także dowody przedłożone na rozprawie przedłożone przez odwołującego wyciągi z umów z CTK Centertel i Grupą TP S.A. oraz wzoru umowy o poufność zawieranej z podwykonawcami, a także wydruk ze strony internetowej odwołującego złożony przez zamawiającego, uznając jego moc dowodową jako dowodu wykazania, jakie informacje nie są poufne dla odwołującego.

Odwołujący złożył ofertę na zadanie 1. Jego oferta jest drugą ofertą pod względem ceny w tym zadaniu. Na stronie 8 – znajduje się zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazu wykonanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych usług. Na stronach 9-11 zamieszczono wykaz wykonanych usług, gdzie w poz. 1 – 4 wskazano usługi wykonane na rzecz podmiotów niezobowiązanych do stosowania ustawy na podstawie art. 3 ustawy. Od strony 12 do 32 załączono protokoły zdawczo-odbiorcze do tych pozycji wykazu potwierdzające wykonanie usług zgodnie z zamówieniem.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący wskazał wprawdzie, iż ma interes, gdyż odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica jego przedsiębiorstwa może mieć wpływ na jego sytuację. O ile Izba dostrzega interes odwołującego w nieujawnianiu informacji o charakterze, jak wskazuje odwołujący tajemnicy handlowej w ogóle, to Izba zauważa, że ustawodawca na gruncie ustawy posłużył się w art. 179 ust. 1 ustawy nie dowolnym interesem, ale interesem w uzyskaniu danego zamówienia. Legitymowanie się interesem w uzyskaniu danego zamówienia wymaga wykazania przez odwołującego, że na skutek czynności lub zaniechań zamawiającego został on pozbawiony lub choćby zaistniała potencjalna możliwość pozbawienia odwołującego przedmiotowego zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, w ramach którego wnoszone jest odwołanie. Nie może być to zatem interes odwołującego, jako przedsiębiorcy występującego na danym rynku, którego sytuacja na tym rynku ulega zmianie lub może ulec zmianie na skutek działania zamawiającego. Odwołujący wnosząc odwołanie musi mieć realną szansę na uzyskanie zamówienia, której to szansy będzie bronił składając odwołanie. W przedmiotowej sprawie odtajnienie czy też uznanie za prawidłową zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego nie ma wpływu na jego pozycję w ramach rankingu ofert, ani też na ocenę czy oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, a on sam wykluczeniu. Odwołujący nie upatruje w fakcie odtajnienia części jego oferty okoliczności, które mogą stwarzać lub zwiększać

ryzyko pozbawienia go możliwości uzyskania zamówienia. Oczywiście Izba dostrzega podniesiony przez odwołującego problem możliwości naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez utratę przez odwołującego informacji o szczególnym poufnym dla niego charakterze, które mogą zmienić jego pozycję na rynku w przyszłości w innych postępowaniach, w których będzie brał udział. Jednakże Izba wskazuje, że odwołanie nie jest środkiem ochrony prawnej zapewniającym kompleksową ochronę przed wszelkiego rodzaju działaniami zamawiającego, które wynikają z różnych aktów prawnych np. z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołanie służy wyłącznie od czynności lub zaniechań niezgodnych z przepisami tej ustawy. Zatem i interes w uzyskaniu zamówienia nie może być interesem w uzyskaniu przyszłych zamówień u tego samego czy innego zamawiającego. Stwierdzenie przez Izbę czy nastąpiło naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez jej odtajnienie czy też nie, nie zmieni oceny złożonej przez odwołującego oferty. Zamawiający badał i oceniał tę ofertę (choć nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co oświadczył na rozprawie) i uznał, że odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, ani jego oferta nie podlega odrzuceniu a z analizy cen ofertowych, oferta odwołującego pod względem ceny, jako jedynego kryterium, w zadaniu nr 1, znajduje się na drugiej pozycji w rankingu ofert. W tej sytuacji odwołujący nie może skutecznie wykazać swego interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż obecnie nie ma możliwości uzyskania zamówienia. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy zarówno interes w uzyskaniu zamówienia jak i możliwość poniesienia szkody łącznie stanowią przesłankę dopuszczalności odwołania. Niewykazanie zatem jednej z nich skutkuje niedopuszczalnością odwołania, a tym samym brakiem uprawnienia do wniesienia odwołania. Powoduje to z kolei konieczność oddalenia odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt. 1 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) oraz Izba uwzględniła koszty zamawiającego z tytułu zastępstwa prawnego w maksymalnej wysokości dopuszczonej przepisami prawa (§ 3 pkt 2 lit. b i § 5 ust.3 pkt 1 cyt. Rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....