

Sygn. akt KIO/UZP 874/08

WYROK
z dnia 5 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4.09.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Exatel Spółka Akcyjna, 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski, 00-919 Warszawa, ul. Świętokrzyska 11/21** protestu z dnia **6 sierpnia 2008 r.**

przy udziale

Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., 85-321 Bydgoszcz, ul. Kasprzaka 3 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu odtajnienie wykazu usług.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Narodowy Bank Polski, 00-919 Warszawa, ul. Świętokrzyska 11/21 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Exatel Spółka Akcyjna, 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **6 504 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy pięćset cztery złote zero groszy) przez **Narodowy Bank Polski, 00-919 Warszawa, ul. Świętokrzyska 11/21** na rzecz **Exatel Spółka Akcyjna, 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Exatel Spółka Akcyjna, 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *eksploatację internetowego portalu informatycznego NBP* (numer referencyjny DIT-WA-42/2008), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 czerwca 2008 r. pod numerem 2008/S 124-165690.

Wykonawca Exatel S.A. w dniu 4 sierpnia 2008 r. zapoznał się z ofertami złożonymi w postępowaniu, stwierdzając przy tej okazji, iż w ofertach Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., zastrzeżono, jako tajemnice przedsiębiorstwa: wykaz wykonanych zamówień, wykaz osób oraz opis rozwiązania, a w ofercie Comarch S.A.: wykaz wykonanych usług, dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług oraz wykaz osób. W związku z wątpliwościami czy zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i czy ich zastrzeżenie nie zostało dokonane niezgodnie z prawem, Wykonawca wniósł w dniu 6 sierpnia 2008 r. protest do Zamawiającego, zarzucając w nim naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zażądał odtajnienia ofert we wskazanym zakresie, a następnie odrzucenia ofert Wykonawców, którzy zastrzegali jako tajemnicę przedsiębiorstwa, informacje, która nie może zostać za taką uznana.

W uzasadnieniu, Protestujący wskazał, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana wyłącznie informacja spełniająca łącznie warunki określone w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. mająca charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa, nie ujawniona do wiadomości publicznej, co do której podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności. Ponadto, wykonawca musi złożyć nie później niż w terminie składania ofert oświadczenie o jej zastrzeżeniu. Informacje ujawnione do wiadomości publicznej, czy też powszechnie znane lub te, o których zainteresowany może legalnie dowiedzieć się, nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Powołując się na uchwałę Sądu Najwyższego (sygn. akt III CZP 74/05), wskazuje, iż Zamawiający zobowiązany był ustalić czy zastrzeżone w ofertach Wykonawców informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w razie negatywnej weryfikacji ujawnić te informacje i poddać ofertę ocenie nie odrzucając ich jako niezgodnych z ustawą. Protestujący powołując stanowisko SN, wskazał na informacje wymienione w art. 86 ust. 4 stanowiące element oferty, których – z woli ustawodawcy wyrażonej w art. 96 ust. 4 zd. 2 Pzp – wykonawca nie może zastrzec, a obowiązek ich weryfikacji i ujawniania ich nie dotyczy.

Zamawiający w dniu 14 sierpnia 2008r. oddalił przedmiotowy protest, uznając podniesione zarzuty za bezzasadne.

W dniu 19 sierpnia 2008r., Exatel S.A. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał w całości stanowisko przedstawione w proteście wyłącznie w odniesieniu do oferty BSB Sp. z o.o. W uzupełnieniu do protestu, wskazał, że doświadczenie BSB Sp. z o.o. zostało zdobyte podczas wykonywania usług na rzecz podmiotów publicznych i Wykonawca nie może powoływać się na tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegając informację dotyczącą takich usług. Odnosząc się do opisu rozwiązania zastosowanego przy realizacji przedmiotu zamówienia, wskazał iż Zamawiający określił sposób realizacji i nie może mieć on wartości, gdyż stanowi element wiedzy powszechnej dla podmiotów działających na rynku. Ponadto wskazał na okoliczność, iż Zamawiający posiada 100% udziałów spółki BSB Sp. z o.o., co w sytuacji zastrzeżenia przez ten podmiot znacznej części informacji stanowiących podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej ogranicza jawność tego postępowania i budzi poważne wątpliwości co do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Odwołujący się wniósł o odtajnienie załączników nr 1, 3 i 4 do oferty BSB Sp. z o.o.

W dniu 3 września 2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.

Na posiedzeniu Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Odwołujący się posiada interes prawny do wniesienia środków ochrony prawnej i żądania odtajnienia elementów oferty zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, jeżeli złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Brak możliwości zweryfikowania informacji mogących mieć wpływ na ocenę oferty zastrzeżonej jako niejawną, ma bezpośrednie znaczenie dla późniejszej kontroli prawidłowości decyzji Zamawiającego o wyborze, wykluczeniu, czy też odrzuceniu oferty. Zaniechanie oprotestowania utajnienia części oferty, w przypadku gdy wykonawca zapoznał się z treścią oferty, prowadziłoby na dalszym etapie postępowania do pozbawienia wykonawcy prawa, jako zgłoszonego po terminie, do podniesienia zarzutu względem oferty wybranej, jako najkorzystniejsza.

W zakresie zarzutów merytorycznych Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zarzutów zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty zgłoszone przez Odwołującego się dotyczą elementów oferty, tj.:

- wykaz wykonanych lub wykonywanych zamówień merytorycznie odpowiadających przedmiotowi niniejszego zamówienia, stanowiących załącznik nr 3 do siwz,
- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, stanowiących załącznik nr 4 do siwz,
- załącznik nr 1 – opis rozwiązania.

Biorąc za punkt wyjścia powyższy stan faktyczny, należało ocenić, czy informacje zastrzeżone przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. - Przystępującego do postępowania odwoławczego, stanowią rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie mogły zostać utajnione i korzystają z ochrony prawnej.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zmianami), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nie ujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne

przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zapewnienia ich poufności. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005r. (sygn. III CZP 74/05), zamawiający zobowiązany jest zbadać czy w konkretnej sytuacji wystąpiła ustawowa przesłanka, przesądzająca o aktualizacji zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze stanowisko Zamawiającego przedstawione w rozstrzygnięciu protestu szerzej przedstawione na rozprawie, skład orzekający uznał, iż Zamawiający dokonał pozytywnej weryfikacji, co do skuteczności dokonanego zastrzeżenia jako niejawnych informacji podanych w ofercie Przystępującego do postępowania odwoławczego. Odwołujący, co do zasady nie kwestionował dopuszczalności zastrzeżenia wykazu zamówień oraz osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast zarzuty opierał na braku zachowania należytej staranności Zamawiającego przy ustalaniu charakteru informacji.

Krajowa Izba Odwoławcza zajęła następujące stanowisko co do poszczególnych informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do wykazu wykonanych/wykonywanych zamówień, Izba ustaliła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z rozdziałem V pkt 1.2. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby wykazali się doświadczeniem w realizacji minimum jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem niniejszemu zamówieniu o wartości brutto nie mniejszej niż 900.000 PLN, tj usługi hostingu środowiska serwisów informacyjnych udostępnianych w sieci Internet. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawcy mieli przedłożyć odpowiedni wykaz wykonanych zadań z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (wg załącznika nr 3 do siwz) wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie. W trakcie rozprawy, Zamawiający stwierdził, iż żadne ze wskazanych zamówień nie były realizowane w trybie ustawy regulującej udzielanie zamówień publicznych, a informacje zamieszczone w wykazie, takie jak czas trwania, wartość usługi, stanowią ważną informację handlową. Natomiast Przystępujący określił, informacje o klientach, jako typowy przykład informacji chronionej tajemnicą przedsiębiorstwa. Kwestionowany wykaz znajduje się na stronie 23 oferty i obejmuje trzy pozycje.

Na podstawie informacji dostępnych na stronie internetowej Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. (WWW.bsb.pl), Izba ustaliła, że Wykonawca udostępnił informację o systemach objętych wykazem, ze wskazaniem ich celu, zakresu, jak również klientów, dla których były one realizowane. Tym samym informacje objęte wykazem zamówień (przedmiot oraz odbiorca) nie spełniają, jednej z przesłanek o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, tj. nie ujawnienia do wiadomości publicznej. Ponieważ informacje dotyczące wartości zamówienia, jak i daty realizacji wynikają pośrednio z warunku określonego przez Zamawiającego, Izba uznała, iż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa. Każdy zainteresowany może określić minimalną wartość objętych wykazem systemów (900.000 PLN), jak również okres w którym miały być realizowane (3 lata przed wszczęciem postępowania). Mając na uwadze przede wszystkim okoliczność, iż sam Wykonawca podał do publicznej wiadomości na własnej stronie internetowej, informacje o wykonywanych przez niego systemach, a którą to informację następnie zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała, iż wykaz usług nie może korzystać z ochrony wprowadzonej artykułem 8 ust. 3 ustawy Pzp. Orzecznictwo Sądu Najwyższego jednoznacznie wyklucza objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. sygn. I CKN 304/2000, wyrok SN z dnia 5 września 2001r. sygn. I CKN 1159/2000).

W odniesieniu do danych o osobach, jakie mają uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego się. Zgodnie z rozdziałem V pkt 1.2. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wymagał od wykonawców, ze względu na zastosowaną technologię, aby dysponowali minimum dwoma specjalistami posiadającymi udokumentowane kwalifikacje i doświadczenie w zakresie zaawansowanej konfiguracji i administracji systemami zaproponowanej architektury. Przez doświadczenie Zamawiający rozumie dwuletnie doświadczenie specjalisty w zakresie konfigurowania i obsługi systemów zaproponowanych przez wykonawcę. W celu potwierdzenia spełniania warunku, wykonawcy mieli załączyć do oferty wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 4 do siwz. Wykonawca BiSB Sp. z o.o. na stronach od 27 do 30, zamieścił żądane informacje dotyczące czterech specjalistów, którzy będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

W ocenie składu orzekającego, informacje o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach, stanowić może tajemnicę przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu oferty nie może zostać ujawniona przez Zamawiającego. Mając na uwadze specyfikę rynku usług informatycznych, charakteryzującą się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, informacje o kwalifikacjach, jak również potencjale kadrowym wykonawców, mają znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy

specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczenia się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Na tej podstawie, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż Informacje na temat kluczowych specjalistów, mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności, czego na własnym przykładzie doświadczył Przystępujący. Możliwość zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazu osób, mających wykonywać zamówienie wraz z ich kwalifikacjami, potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 2007r., sygn. V Ca 421/07.

Na tej podstawie, Izba uznała, iż dane co do potencjału osobowego – wykaz osób wraz z kwalifikacjami i zdobytym doświadczeniem zasługują na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie podlegają w związku z tym odtajnieniu i ujawnieniu.

W zakresie załącznika nr 1 – opis rozwiązania, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego się. Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skład orzekający ustalił, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób funkcjonalny, tj. przez określenie wymagań granicznych dla oferowanych rozwiązań oraz wymagania co do użyteczności systemu (rozdział III pkt 2 siwz). Wykonawcy mogą proponować różne rozwiązania techniczne pozwalające osiągnąć postawione warunki szczegółowo wskazane w załącznikach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w Załączniku nr 1 do umowy określił wymagania techniczne obejmujące szczegółowy opis infrastruktury wraz z warunkami świadczenia usługi. Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty opisu rozwiązania przygotowanego przez wykonawców. Jedynie Przystępujący w swojej ofercie przedstawił opis konkretnego rozwiązania, pozostali dwaj wykonawcy złożyli wyłącznie zobowiązanie na formularzu ofertowym do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w siwz i załącznikami do siwz.

Izba uznała, iż załączony do oferty załącznik nr 1 zawierający opis rozwiązania technicznego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zaproponowane rozwiązanie, jako najtańsze spośród zaoferowanych posiada niewątpliwie wartość gospodarczą. Zamawiający pozostawił wykonawcom, jako profesjonalistom, opracowanie systemu, który odpowiadałby wymaganiom zakreślonym w siwz i pozwalał osiągnąć cel projektu. Zaproponowane rozwiązanie stanowi know how Wykonawcy, dzięki któremu jest konkurencyjny w stosunku do pozostałych dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty droższe. Odwołujący nie wykazał, iż na podstawie zapisów specyfikacji jest w stanie określić zastosowane przez Wykonawcę rozwiązanie, wnioskując jedynie, że miało być ono standardowe. Ponadto, zdaniem składu orzekającego potencjalne ujawnienie tych informacji nie ma, w świetle zapisów siwz, znaczenia dla pozostałych wykonawców, bowiem nie jest to dokument na podstawie, którego

Zamawiający mógłby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Stanowi on dodatkowy element oferty, a poddanie go ocenie, w przypadku gdy pozostali wykonawcy nie składali opisu rozwiązania naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców.

Podsumowując, Izba uznała, iż jedynie wykaz zamówień, z uwagi na możliwość dostępu w zwykłej drodze do informacji o wykonanych systemach, nie zasługuje na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym, Zamawiający zobowiązany był ujawnić informacje ujęte w wykazie (strona 23 oferty).

Izba nie stwierdziła podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami Odwołującego się stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy), Izba obciążyła Zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*