

Sygn. akt: KIO 1283/13

WYROK

z dnia 12 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o., EMITEL Sp. z o.o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 17** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja S.A., 42 – 500 Będzin, ul. Małobądzka 141,**

przy udziale wykonawcy **MAXTO Sp. z o.o. SKA, 31 – 421 Kraków, ul. Reduta 5** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ujawnienie Formularza wyceny prac - wg załącznika nr 1 do oferty oraz Deklaracji producenta dostarczonego sprzętu (...) - wg załącznika nr 14 do oferty a także Wykazu wykonanych zamówień - wg zał. nr 3 do oferty oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień w tym Wykazie - w zakresie wskazanym w uzasadnieniu do niniejszego wyroku;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MAXTO Sp. z o.o. SKA, 31 – 421 Kraków, ul. Reduta 5** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o., EMITEL Sp. z o.o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 17** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2 zasądza od wykonawcy **MAXTO Sp. z o.o. SKA, 31 – 421 Kraków, ul. Reduta 5** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o., EMITEL Sp. z o.o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 17** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1283/13

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa radiowego, cyfrowego systemu łączności dyspozytorskiej TETRA na obszarze Oddziału Będzin”. Zdaniem wnoszących odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - IT PARTNERS TELCO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz EMITEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie [dalej również Konsorcjum IT PARTNERS TELCO i EMITEL lub Odwołujący], Zamawiający - TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna z Będzina niezgodnie z przepisami ustawy Pzp zaniechał ujawnienia i udostępnienia części oferty MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Krakowie (dalej, jako „MAXTO”). Skutkiem tego naruszył w tym postępowaniu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm. zm) (dalej, jako „uznk”) z uwagi na niewłaściwe jego zastosowanie ze względu na to, że Zamawiający zaniechał odtajnienia niektórych elementów oferty złożonej przez wykonawcę MAXTO, mimo że elementy te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa MAXTO a obejmujące następujące elementy oferty: (1) wypełnionego formularza cenowego - załącznik nr 1 do oferty; (2) wykazu zrealizowanych zamówień w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączonych dokumentów potwierdzających, że te zamówienia zostały wykonane należycie - załącznik nr 3 do oferty; (3) dokumentów potwierdzających, że zamówienia, o których mowa w wykazie zrealizowanych zamówień zostały wykonane lub są wykonywane należycie; (4) Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia - załącznik nr 4 do oferty oraz (5) Deklaracji producenta dostarczonego sprzętu dotyczącego pełnej zgodności Oferowanych produktów z funkcjonalnością systemu TETRA tj. RBS, system nadzoru, terminale, węzeł centralny, zwartymi w Specyfikacji Technicznej - załącznik nr 14 do oferty. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł

o uwzględnienie odwołania i nakazania Zamawiającemu: (1) odtajnienie zastrzeżonych, jako tajemnicą przedsiębiorstwa elementów oferty MAXTO, oraz (2) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych. W uzasadnieniu odwołania podał, że w dniu 21 maja 2013 roku Zamawiający na wniosek Odwołującego udostępnił mu część oferty złożonej przez MAXTO. Jednocześnie Zamawiający odmówił Odwołującemu udostępnienia oferty w pozostałej części powołując się na okoliczność, iż MAXTO zastrzegło, jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazane powyżej dokumenty. W ocenie Odwołującego (...) zastrzeżenie, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w w/w dokumentach jest bezpodstawne, gdyż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dalej podał, że (...) W doktrynie uznaje się, że jawność postępowania o zamówienie publiczne z jednej strony jest prawem każdego wykonawcy gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu, natomiast z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiającego, prowadzącego postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantował wykonawcom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego. Zatem bez wątplenia zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jej wyłączenie ma jedynie charakter wyjątku i jest możliwe tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości (...). Wskazał również, że (...) Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacji techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co, do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zatem, dana informacja może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa w momencie spełnia łącznie następujących warunków: (i) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub innych posiadający wartość gospodarczą, (ii) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. W ocenie Odwołującego informacje zastrzeżone przez MAXTO nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa i zostały zastrzeżone jedynie w celu utrudnienia pozostałym uczestnikom postępowania weryfikacji oferty tej firmy". Odnośnie Formularza wyceny prac podał, że (...) Jednym z elementów zastrzeżonych przez MAXTO był Formularz Wyceny Prac stanowiący „Załącznik nr 1 do Ofert, Załącznik nr 5 do umowy". Zgodnie z metodologią opracowaną przez

Zamawiającego składał się on z 16 opisanych przez Zamawiającego pozycji. Rolą wykonawcy była jedynie wycena każdej ze wskazanych pozycji, jak również uzupełnienie w kilku miejscach nazwy oferowanych przez siebie modeli urządzeń. Zatem, wykaz zawierał zestawienie informacji określonych przez Zamawiającego, a nie jak wskazuje MAXTO zestaw informacji o charakterze „know - how”, opracowanym na potrzeby niniejszego postępowania przez MAXTO. Również informacja dotycząca modeli urządzeń wskazanych w wykazie jest informacją o charakterze publicznej informacji komercyjnej, umieszczanej standardowo we wszystkich cennikach i katalogach producentów”. Tym samym (...) sugestia MAXTO, iż poprzez umieszczenie nazw modeli kilku urządzeń informacje zawarte w wykazie nabywają cechę „ściśle powiązanych ze sobą danych stanowiących informację o specyficznych rozwiązaniach technicznych opracowanych w odniesieniu do konkretnego i z pewnością przedstawiająca wartość gospodarczą” wydaje się nieuzasadniona”. Podkreślił, że (...) w punkcie III ust. 2 pkt 5 SIWZ Zamawiający wskazał, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w „Specyfikacji technicznej”- załącznik nr 1 do SIWZ. Zgodnie z treścią Specyfikacji technicznej przedmiotem niniejszego zamówienia jest budowa radiowego, cyfrowego systemu łączności zgodnie ze szczegółowymi wytycznymi, jakie Zamawiający narzucił w treści Specyfikacji. Tym samym uznać należy, iż jest to de facto zrealizowanie gotowej koncepcji, a nie zaprojektowanie nowego rozwiązania w oparciu o technologię, którą dysponuje MAXTO. W związku z tym rozwiązanie techniczne zostało precyzyjnie opisane przez Zamawiającego. Zamawiający dokonując szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia określił z góry sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Możliwość użycie różnych modeli urządzeń spełniających wymagania Zamawiającego w żaden sposób nie przesądza, iż informacje te mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Na rynku istnieje wyłącznie kilka modeli urządzeń, które można zastosować, aby spełnić wymagania techniczne postawione przez Zamawiającego. Wiedza na temat tych modeli jest informacją powszechną w branży, a producenci ww. urządzeń prowadzą intensywne działania marketingowe, aby wiedza ta była powszechnie dostępna”. Odwołujący podniósł również, że (...) praca urządzeń TETRA na obszarze Unii Europejskiej jest zharmonizowana, co oznacza, że warunki pracy urządzeń na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej i w innych krajach członkowskich UE są jednakowe i standardowe obejmują min. zakresy częstotliwości, jednakowe wymagania dotyczące

podstawowych parametrów technicznych urządzeń, takich jak moc, częstotliwość, szerokość pasma, cykle pracy, rodzaj modulacji. Harmonizacja pracy urządzeń telekomunikacyjnych na terenie Unii Europejskiej dotyczy w szczególności urządzeń, których praca odbywa się w warunkach sterowania sieciami telekomunikacyjnymi, co dotyczy stacji ruchomych systemu TETRA, ale również GSM, UMTS i TETS". W konkluzji stwierdził, że (...) Mając na uwadze przedmiot zamówienia oraz treść SIWZ brak jest podstaw do uznania, że wyspecyfikowanie przez Zamawiającego czynności, jakie powinien podjąć Wykonawca w celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia może mieć charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Zarówno czynności, jakie podejmować będzie MAXTO, jak i urządzenia przez niego oferowane nie powstały na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia i tym samym nie stanowią „know-how” wykonawcy. Informacje wskazane w wykazie zostały wypracowane i sformułowane w oparciu i zgodnie z treścią oraz wymaganiami SIWZ. Tym samym poszczególne elementy składające się na całość zamówienia nie będą - tak jak chciałby tego MAXTO - informacją technologiczną czy organizacyjną". Wskazując na orzecznictwo KIO stwierdził, że „informacje opracowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez zamawiającego w SIWZ a więc jawne, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa". Podniósł również, że (...) wykonawca wpisując do formularza cenowego informacje zawierające elementy technologiczne, nie mógł ich skutecznie zastrzec, jako tajemnica przedsiębiorstwa, (pomimo, że jako całość tworzyły one wypracowaną przez wykonawcę koncepcję), gdyż technologia ta została opracowana całkowicie w oparciu o treść SIWZ tj. dokument, który jest jawny i powszechnie dostępny". Odnośnie Deklaracji producenta wykonawca podał, że (...) Treść w/w załącznika - zgodnie z SIWZ - miała potwierdzać pełną zgodność oferowanego produktu z funkcjonalnościami infrastruktury TETRA. Sama nomenklatura wyrażenia „deklaracja” implikuje jawny charakter takiego dokumentu. Jego rolą jest, bowiem poświadczenie przez producenta, iż dany produkt spełnia określone wymagania". W tym przypadku również wskazał, że (...) certyfikaty i deklaracje nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy (...). Tym samym zastrzeżenie tego dokumentu uznać należy za nieskuteczne. Stwierdził również, że KIO w analogicznych przypadkach nakazała ujawnienie całości lub znacznej części dokumentów - co oznacza, że wniosek Odwołującego zasługuje w tym zakresie na uwzględnienie. Wykonawca podał również, że zgodnie z treścią par.

18 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) formularz cenowy oraz oferta Wykonawcy będą integralnymi składnikami umowy zawartej z Zamawiającym. Oznacza to, że (...) informacje zastrzeżone przez Wykonawcę staną się w przypadku wybranie jego oferty, jako najkorzystniejszej integralną częścią umowy. Tym samym (...) „Nie ujawnienie tak istotnej części umowy stanowiłoby naruszenie zasady jawności umów. Podkreślić, należy, że tajemnica przedsiębiorstwa nie ma charakteru etapowego tzn. nie może być tajemnicą tylko na etapie oceny ofert, a w momencie dołączenia jej do umowy stracić przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa”. Powołując się dalej na orzecznictwo KIO wskazał na brak podstaw prawnych do utajnienia części oferty, która będzie podstawą do sporządzenia załączników umowy zawieranej z wykonawcą. Odnośnie Wykazu zrealizowanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie, wykonawca podał, że (...) W świetle definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie sposób uznać, aby informacje niezbędne do wykazania doświadczenia wykonawcy mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te obejmują, bowiem nazwę podmiotu, na rzecz, którego wykonawca świadczył dostawy lub wykonywał usługi, przedmiot zamówienia (zakres czynności wykonywanych przez wykonawcę), datę wykonania oraz wartość zrealizowanej usługi. Wszystkie wymienione powyżej informacje zdaniem Odwołującego nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i być objęte skutecznym zastrzeżeniem”. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że (...) informacje zawarte w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie przedmiotu zamówienia nie mieszczą się w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dalej podał, że (...) „informacje te nie mają, bowiem charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego, ani też bezpośrednio nie posiadają wartości gospodarczej. Przy czym podkreślenia wymaga, iż wartości gospodarcza powinna być rozumiana wyłącznie, jako wartość ekonomiczna danej informacji (...). Podkreślił, że (...) MAXTO nie przedstawiło żadnych informacji o tym, jaką wartość gospodarczą przedstawiają dla niego dokumenty potwierdzające zrealizowanie dostaw oraz referencje potwierdzające należyte wykonanie prac”. Tym samym brak jest przesłanek wskazujących na to, żeby informacji dotyczące wykonanych usług mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu konkurencji. Wykonawca stwierdził również, że (...) W dalszej kolejności MAXTO wskazało, iż „zastrzeżone

zostały zamówienia zrealizowane dla odbiorców, z którymi podpisane zostały stosowne klauzule poufności. Powyższe twierdzenia należy uznać za niewystarczające. Izba w wyroku z dnia 6 października 2010 r. sygn. akt: KIO 2040/10 stwierdziła, iż „Izba wbrew twierdzeniom przystępującego uznała za nieudowodnione, iż dostęp do tych informacji mają wyłącznie upoważnieni pracownicy i współpracownicy a osoby trzecie otrzymują dostęp dopiero po podpisaniu odpowiedniej umowy o poufności. Izba wskazuje, iż przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń a stosownie do treści art. 6 k.c. skoro wywodzi z powyższych faktów skutki prawne ciężar dowodu spoczywa na nim. Izba stoi na stanowisku, iż działanie przystępującego polegające na utajnieniu wykazu usług jak też referencji wskazanych usług zmierzało nie do ochrony faktycznie tajemnicy przedsiębiorstwa a do uniemożliwienia innym wykonawcom ewentualnej weryfikacji oświadczeń przystępującego”. Wykonawca podał również, że (...) informacje zawarte w tabelarycznym zestawieniu wykonanych prac nie pozwalają na ustalenie, że informacje dotyczące doświadczenia wykonawców - w szczególności wykazy wykonanych usług, wraz z załącznikami, a nawet referencje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż MAXTO nie wykazało, a nawet nie uprawdopodobniło, jakie kroki podjęło w celu utajnienia w/w dokumentów”, który to obowiązek spoczywa bezpośrednio na wykonawcy [wyrok KIO sygn. akt: 938/10, 997/10, 1035/10 - obowiązek uprawdopodobnienia, że zastrzeżone informacje nie są dostępne powszechnie spoczywa bezpośrednio na Wykonawcy]. Podał dalej, że skoro nie zostało udowodnione, ani nawet uprawdopodobnione, że zastrzeżone informacje nie są dostępne powszechnie (nie jest możliwe zapoznanie się z nimi na zwykłej drodze), a ich wartość gospodarcza stanowi jedynie subiektywne przeświadczenie wykonawców - pozbawione obiektywnej argumentacji - nie można przyjąć, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem wobec naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 zasadne jest ujawnienie całości informacji związanych z wykonaniem kontraktów. Wskazał również na orzecznictwo sądowe zgodnie, z którym (...) „Nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacje o obrotach i zyskach, wykaz podwykonawców, wykaz wykonanych w ostatnich trzech latach usług i wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia wraz z dokumentami poświadczającymi ich kwalifikacje dodatkowy formularz cenowy i dodatkowe kosztorysy, gdyż mieszczą się one w katalogu dokumentów i informacji,

których może żądać zamawiający w celu wykazania spełnienia warunków do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego wyklucza możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności". Dalej podał, że (...) Zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie wybranej w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...). Stwierdził także, że same wyjaśnienia i twierdzenia MAXTO są (...) niewystarczające do skutecznego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o wykonanych usługach. Ponadto, sam wykaz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia nie może stanowić żadnej wartości dla przedsiębiorstwa; gdyż ze swojej natury potwierdza już zrealizowane zamówienia. Dodatkowo sam cel, jakim jest legitymowanie się referencjami w celu potwierdzenia należytego wykonania przedmiotu zamówienia powoduje, że są one ujawniane szerokiemu kręgowi osób, a co za tym idzie nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa". Podniósł, że (...) Zamawiający w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym wiedzy i doświadczenia wymagał od wykonawców legitymowania się: 1. wykonaniem zamówienia o minimalnej wartości 7 mln złotych netto polegającym na zaprojektowaniu, dostawie urządzeń, budowie, instalacji, wdrożeniu i implementacji cyfrowego systemu łączności radiowej w standardzie TETRA składającym się z minimum 2 wież. 2 zaprojektowaniem, wykonaniem i wdrożeniem cyfrowego systemu łączności radiowej TETRA obejmującego swym zasięgiem obszar, co najmniej 1.500 m² i składającego się z przynajmniej 7 stacji bazowych oraz obsługującego, co najmniej 300 terminali końcowych. 3. wykonaniem, co najmniej jednej usługi polegającej na przeszkoleniu minimum 200 użytkowników w zakresie usług sieci TETRA oraz obsługi terminali radiowych pracujących w standardzie TETRA. W/w lista zrealizowanych zamówień została zamieszczona w punkcie VIII ust. 2 SIWZ. Na potwierdzenie wykonania powyższych zamówień wykonawcy mieli przedstawić dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień. Ze względu na specyfikę wdrażania i instalacji systemu TETRA zamówienia te są realizowane w głównej mierze bądź przez jednostki z sektora bezpieczeństwa publicznego (jednostki zobowiązane do stosowania ustawy prawo zamówień publicznych) lub inne podmioty (głównie z sektora przemysłowego, transportowego i energetycznego), które z kolei stosują

własne procedury zakupowe oparte o zasadę transparentności, jawność i równego dostępu do rynku”. Zdaniem Odwołującego (...) Nie jest znany żaden przypadek, aby jakikolwiek średni lub duży system TETRA został zrealizowany z pominięciem procedur przetargowych (ustawa Prawo zamówień publicznych lub wewnętrzne regulaminy zakupowe). W każdym przypadku informacja o możliwości ubiegania się o takie zamówienie ma charakter publiczny i w związku z tym z samej istoty postępowania przetargowego nie może mieć charakteru „tajemnicy przedsiębiorstwa”. Ponadto każdą inwestycję związaną z wdrożeniem i instalacją systemu TETRA ze względu na swój strategiczny charakter dla danego kraju podlega zgłoszeniu odpowiedniemu organowi władzy publicznej. W przypadku Polski, ze względu na możliwość szyfrowania informacji, import objęty jest obowiązkiem zgłoszenia do Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. W przypadku elementów systemu TETRA przeznaczonego dla policji lub wojska, polskie prawo przewiduje konieczność posiadania koncesji na obrót towarami i technologiami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Oznacza to, że informacja ta jest informacją publiczną i dostępną dla nieograniczonego kręgu podmiotów”. Mając na uwadze powyższe wskazał, że (...) nie będzie miało w przedmiotowym przypadku znaczenia, że MAXTO zawarło z podmiotami umowę poufności i zabezpieczyło informację związaną z wykonanymi zamówieniami, gdyż jak już wyżej zostało wskazane informacja ta jest dostępna dla szerokiego kręgu podmiotów. Tym samym przekazanie wiadomości o realizacji zamówienia związanego z wdrożeniem systemu TETRA do odpowiednich organów władzy publicznej stanowiło ujawnienie tejże informacji do wiadomości publicznej. W momencie jej przekazania do organu władzy publicznej informacja ta stała się już informacją publiczną, do której dostęp ma każda osoba na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej”. W konkluzji stwierdził, że nie została spełniona przesłanka wskazana w art. 11 uznk uprawniająca do zastrzeżenia informacji o wykazie zrealizowanych zamówieniach, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem Zamawiający powinien dokonać dokładnej i wnikliwej analizy informacji przedstawionych przez MAXTO w wykazie zrealizowanych zamówień (...) pod wyżej wskazanym kątem. Podał również, że (...) MAXTO w wyjaśnieniach wskazało, iż informacje zawarte w części wykazu obrazują wielkość oraz przedmiot obrotu z niektórymi klientami”. Odwołujący podkreślił, że (...) nie wnosi o udostępnienie informacji dot. wielkości obrotów MAXTO, gdyż nie jest to informacja bezpośrednio związana z przedmiotem zamówienia i może być w

pewnych okolicznościach uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa”. Stwierdził również, że (...) informacje związane z sytuacją finansową spółek z ograniczoną odpowiedzialnością zgodnie z ustawą Kodeks spółek handlowych są powszechnie jawne, a dokumenty te są składane po każdym roku obrotowym do akt rejestrowych spółek, co powoduje, że nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie sytuacji finansowej danej spółki”. Odnośnie Wykazu osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 4 do oferty), Odwołujący podał, (...) że co do zasady informacje w zakresie potencjału osobowego, którym posługuje się określony wykonawca mogą stanowić tajemnicę. W treści wykazu osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 4 do Oferty) Zamawiający wymagał podania imienia i nazwiska, podstawy do dysponowania oraz informacji dotyczącej doświadczenia oraz kwalifikacji osób potwierdzające postawione wymogi. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że (...) wskazanie na zjawisko „podkupywania” pracowników jest wystarczające do stwierdzenia, że wszelkie informacje w tym zakresie zasługują na ochronę. Ich ujawnienie zagraża, bowiem interesom danego przedsiębiorcy, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania pozycji konkurencyjnej danego przedsiębiorcy. Nie ulega, bowiem wątpliwości, że podanie takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę „podkupywania”. Nie budzi zaś wątpliwości, że tego rodzaju zjawisko często może niweczyć udział danego przedsiębiorcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku”. Wskazał na wyrok KIO, w którym Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie informacji zawartych w wykazach osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, jednakże z pominięciem informacji w zakresie imion i nazwisk a także informacji o podstawie dysponowania tymi osobami, które nadal mogły zostać objęte. Zatem również w tym postępowaniu zamawiający winien ujawnić informacje na temat doświadczenia i kwalifikacji zawodowych wskazanych w Wykazie osób oraz ich obowiązków, które pełnić będą w trakcie realizacji zamówienia. Reasumując, wykonawca wskazał również na brak zastrzeżenia wyjaśnień składanych w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez MAXTO. Również ta (...) okoliczność powinna przesądzić, że dokonane zastrzeżenia informacji są nieskuteczne. Okoliczność powyższa jest znacząca, ponieważ wskazuje, że wykonawca ten nie podejmuje jednak żadnych niezbędnych warunków niezbędnych do skuteczności czynionych zastrzeżeń informacji w rozumieniu art. 11

ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Wskazał również na brak zastrzeżenia w ofercie Odwołującego. Stwierdził, że Odwołujący nie zdecydował się na dokonanie zastrzeżeń min. wykazu osób, deklaracji zgodności i innych informacji wymaganych, a ta okoliczność (...) jest znacząca, ponieważ na Polskim rynku budowy projektów sieci TETRA doszło jedynie do kilku takich realizacji na przestrzeni ostatnich lat. W związku z powyższym zachodzi również i takie podejrzenie po stronie Odwołującego, że Odwołujący oraz MAXTO będą posługiwać się analogicznymi informacjami bądź danymi, np. osobami w wykazie osobowym, deklaracjami zgodności bądź urządzeniami. Prawdopodobieństwo zaistnienia takiej okoliczności jest bardzo duże. Należy w związku z powyższym stwierdzić, iż wymóg skuteczności zastrzeżenia w postaci nieujawnienia do wiadomości publicznej nie zostanie spełniony w sytuacji, gdy MAXTO decydując się zastrzec informację, wykaże się analogiczną informacją jak Odwołujący. Kwestia ta w ocenie Odwołującego jest istotna i wymaga zbadania przez Zamawiającego poprzez porównanie ofert Odwołującego i MAXTO”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie [dalej wykonawca MAXTO] wnosząc o oddalenie odwołania w całości i podkreślając, że (...) podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, potwierdzające, iż zastrzeżone elementy oferty złożonej przez MAXTO stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jego zdaniem, przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - wbrew twierdzeniom Odwołującego - obliuguje Zamawiającego do zachowania w poufności i nieujawniania informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie zostały zastrzeżone przez oferenta w złożonej ofercie. Dalej podał, że Powyższy przepis ustawodawca w sposób wyraźny wskazał [art. 86 ust. 4 ustawy Pzp], jakie informacje nie mogą być zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa i tym samym każda inna informacja / dokument spełniająca przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i w takiej sytuacji podlega ochronie. Podkreślił jednocześnie, że (...) Stworzenie systemu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w żaden sposób nie wpływa ani nie zaprzecza zasadzie jawności postępowania w sprawie zamówień publicznych, bowiem nie dotyczy informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 pzp, natomiast celem

takiego uregulowania było zabezpieczenie interesów wykonawcy przed działaniem innych oferentów (podmiotów konkurujących), którzy wykorzystywali postępowania przetargowe do zdobywania wiedzy na temat ofert, potencjału osobowego, specjalistów z branży czy przede wszystkim know - how wykonawcy”. Ponadto stwierdził, że (...) Samo stwierdzenie, że zastrzeżenie tajemnicy w ofercie konkurenta uniemożliwia do niej wgląd i wyszukanie ewentualnych uchybień, nie jest wystarczającym powodem do odtajnienia oferty, której treść została zastrzeżona w prawidłowy sposób. Wykonawca ubiegający się o ujawnienie zastrzeżonych informacji w innej ofercie, winien wykazać, że zastrzeżenie było nieuzasadnione”. Podkreślił również, że (...) MAXTO zastrzegła, jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie te informacje, które spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co tym samym obliuguje Zamawiającego do zachowania w poufności zastrzeżonych informacji”. Nie ulega wątpliwości (a dodatkowo jest to potwierdzone orzecznictwem sądowym i KIO), że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią zastrzeżone przez MAXTO: (1) wypełniony formularz cenowy wraz z deklaracją producenta, gdyż zawarte w tej części oferty dane mają niewątpliwie charakter techniczny, albowiem informacje zawarte w należy oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą elementy jednego projektu oferującego szczegółowe rozwiązania techniczne dla osiągnięcia funkcjonalności określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunkach zamówienia. Informacje powyższe, jako zbiór ściśle powiązanych ze sobą danych stanowią informację o specyficznych rozwiązaniach technicznych opracowanych w odniesieniu do tego konkretnego zamówienia i w tym aspekcie z pewnością przedstawiają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy; (2) wykaz zrealizowanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie szczególnie w sytuacji, (...) Jeżeli w wykazach dostaw, wykonawca podał również dostawy niezwiązane z wykonaniem zamówień publicznych, to był on uprawniony do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, danych wynikających z tych umów, nadając im klauzule poufności”; (3) wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, albowiem informacje o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach, stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu oferty nie może zostać ujawniona przez zamawiającego, albowiem, jako tajemnica przedsiębiorstwa wypełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podlega ochronie, a w

przypadku ujawnienia na rzecz firm konkurencyjnych mogłaby być wykorzystana ze szkodą dla wykonawcy.

Zamawiający na posiedzeniu uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu, a Przystępujący wykonawca MAXTO na podstawie art. 186 ust.4 ustawy Pzp wniósł sprzeciw i tym samym odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Izbę na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Tak jak stwierdziła Izba odwołanie zostało wniesione wobec czynności bezpodstawnego zastrzeżenia w ofercie przez wykonawcę MAXTO - Formularza wyceny prac [zał. nr 1 do oferty, Wykazu zrealizowanych zamówień [zał. nr 3 do oferty] oraz dokumentów potwierdzających, że te zamówienia zostały wykonane należycie, Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia [zał. nr 4 do oferty] oraz Deklaracji producenta dostarczonego sprzętu (...) [zał. nr 14 do oferty]. Skutkiem tego, zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy, Zamawiający w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne naruszył art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na to, że zaniechał odtajnienia tych elementów oferty, pomimo, że elementy te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Rozpoznając niniejsze odwołanie Izba przede wszystkim miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 190 ust.1 i 7 ustawy Pzp, w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontrydiktoryjności, która dominuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zgodnie z tą zasadą, strony toczące spór mają przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń i tym samym Izba *de facto* nie ma bezwzględnego

obowiązku ustalenia prawdy materialnej, albowiem żaden z przepisów ustawy Pzp nie nakazuje składowi orzekającemu dążyć do takiego ustalenia. Izba podkreśla, że obowiązek przedstawiania dowodów, umożliwiających stwierdzenie faktów, dotyczy strony postępowania odwoławczego [odpowiednio i /lub uczestnika], a skład orzekający dokonuje oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania. W niniejszej sprawie Izba również miała na uwadze orzecznictwo, w tym uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. III CZP 74/05, który w odpowiedzi na pytanie prawne Sądu Okręgowego w Warszawie stwierdził, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu stanowiska podał m.in., że zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców [art. 7 ust.1 ustawy Pzp], a jedną z zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest przewidziana w art. 8 ust. 1 ustawy PPzp zasada jawności postępowania, z ustawowo określonymi wyjątkami, pozwalającymi na ograniczenie dostępu do określonych informacji. Dalej Sąd Najwyższy podał, że przepis art. 8 ust. 2 ustawy PPzp zawierający wyjątek od zasady zawartej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp (...) jest źródłem uprawnienia zamawiającego ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak skorzystanie z tego uprawnienia ustawodawca ograniczył tylko do przypadków określonych w ustawie. 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”. Sąd Najwyższy podkreślił, że ustawodawca rygorystycznie traktuje odstępstwo od zasady jawności i skoro (...) 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 oczywiście jest, iż właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiła omawiana przesłanka”. Podkreślono również, że (...) badanie przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez oferenta zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji mieści się w płaszczyźnie obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego”. W konkluzji Sąd Najwyższy stwierdził, że negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki decydującej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji wywołuje konsekwencje w postaci wyłączenia zakazu ujawniania informacji, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta i (...) zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania”.

Rozpoznając zarzut, dotyczący niezasadnego zastrzeżenia Formularza wyceny prac oraz Deklaracji producenta (...) Izba miała na uwadze treść formularza oferty oraz opis przedmiotu zamówienia, wynikający ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego wykonawcę MAXTO w piśmie z dnia 13 maja 2013 r. oraz z dnia 29 maja 2013 r. w części dotyczącej deklaracji producenta. Izba w tym przypadku stwierdziła, że Przystępujący wykonawca nie udowodnił, zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, że sporny Formularz wyceny zawiera w całości informacje, o charakterze technologicznym i zarazem informacje posiadające wartość gospodarczą. Tak jak wynika ze wzoru tego dokumentu, wykonawcy w poz. od 1 do 7 mieli podać cenę za dokumentację projektową w zakresie telekomunikacji i teleinformatyki oraz projekt budowlany masztów wraz z pozwoleniami na budowę, projekt instalacji obiektowych, wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych, cenę za budowę masztów i dostawę kontenerów, konserwację istniejących masztów, dostawę i wdrożenie instalacji antenowych oraz cenę za integrację infrastruktury TETRA z systemem teletransmisyjnym zamawiającego, a z kolei w poz. od 9 do 16 - należało wskazać cenę za: remont pomieszczeń, cenę za integrację dostarczanej infrastruktury Tetra z systemem SCADA, z systemem energetycznych konsol oraz centralami Ericsson, przygotowanie infrastruktury TETRA do integracji z odłącznikami sterowanymi radiowo, wykonanie cyklu testów, szkolenia, gwarancję i

serwis oraz wsparcie techniczne. W tych pozycjach Formularza – wbrew twierdzeniom Przystępującego – nie podano konkretnych nazw producentów, czy modeli urządzeń. Zestawiono wyłącznie według wymaganego wzoru rodzaje prac i czynności oraz podano koszty za ich wykonanie. W ocenie Izby takie informacje, w żadnym wypadku nie stanowią informacji technologicznych, a wykonawca nie wykazał, że posiadają one obiektywną wartość gospodarczą. Zamawiający tylko w poz. 8 Formularza wymagał [lit a do f] wskazania modelu radiotelefonu do montażu w pojazdach, do pracy w budynku, do pracy na biurku, przenośnego, RBS oraz dla baterii i prostowników, wskazując jednocześnie w załączniku nr 1 do siwz szczegółowe wymagania stawiane projektowanej sieci TETRA zarówno w zakresie technicznym, technologicznym jak i funkcjonalnym. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że zgodnie z metodologią opracowaną przez Zamawiającego, rolą wykonawcy była przede wszystkim wycena każdej ze wskazanych pozycji, a uzupełnienie nazwy oferowanych przez siebie modeli urządzeń dotyczyło tylko jednej pozycji. Zatem, ten Formularz zawierał zestawienie informacji określonych przez Zamawiającego, a nie jak wskazuje Przystępujący wykonawca MAXTO zestaw informacji o charakterze „know - how”, opracowanym na potrzeby niniejszego postępowania. Także informacja dotycząca modeli urządzeń wskazanych w Formularzu jest, zdaniem Izby, informacją o charakterze publicznej informacji komercyjnej, umieszczanej standardowo we wszystkich cennikach i katalogach producentów i tym samym twierdzenia Przystępującego MAXTO, że poprzez umieszczenie nazw modeli kilku urządzeń informacje zawarte w wykazie nabywają cechę „ściśle powiązanych ze sobą danych stanowiących informację o specyficznych rozwiązaniach technicznych opracowanych w odniesieniu do konkretnego i z pewnością przedstawiająca wartość gospodarczą” jest nieuzasadnione. Izba stwierdza również, że udzielając wyjaśnień w piśmie z dnia 29 maja 2013 r. - przesłanym faxem, a zatem urządzeniem dostępnym dla pewnego znacznego ogółu osób w siedzibie Zamawiającego - Przystępujący wykonawca przekazał również sporną Deklarację producenta. W tym piśmie dodatkowo oznaczył linie radiowe oraz podał nazwę firmy, której sprzęt zostanie użyty. Te wyjaśnienia, jak również załączona do nich Deklaracja z dnia 16 kwietnia 2013 r. – jak wskazano przesłane faxem - nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i tym samym nie mogą na tym etapie korzystać z ochrony, albowiem w konsekwencji wykonawca nie podjął jednak działań niezbędnych do skutecznego zastrzeżenia informacji w

rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym niniejszy zarzut podlega w całości uwzględnieniu przez Izbę i Formularz wyceny prac oraz wymieniona Deklaracja z dnia 16 kwietnia 2013 r. podlega udostępnieniu Odwołującemu.

Podlega również uwzględnieniu – w zakresie wskazanym poniżej - zarzut dotyczący bezzasadnego zastrzeżenia Wykazu usług wraz z dokumentami referencyjnymi. W tym przypadku Izba ustaliła, że Przystępujący wykonawca za zastrzeżone uznał dane z Wykazu wykonanych zamówień, potwierdzające wykonanie usług w zakresie warunku z pkt VIII.2 lit. a, b i c siwz. Do tego Wykazu dołączył dwa dokumenty referencyjne [takie przedłożono do akt sprawy] z dnia 17.04.2013 i 3. 05. 2013 r. W tym Wykazie należało podać termin zakończenia zamówienia, nazwę i miejsce jego wykonywania, wartość zadania oraz nazwę zamawiającego, na którego rzecz było wykonywane zamówienie oraz załączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie podanych zamówień [dokument referencyjny]. Takie dane zostały zamieszczone w spornym Wykazie, a w dokumencie referencji z dnia 17.04.2013 r. wskazano na wartość całego projektu. Udzielając wyjaśnień w piśmie z dnia 14.05.2013 r. [również nie zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa] Przystępujący wykonawca w szczególności podał, że zastrzeżone informacje nie dotyczą zamówień publicznych, które są jawne z mocy samej ustawy. Wskazał również, że te zamówienia zostały zrealizowane dla odbiorców, z którymi podpisane zostały stosowne porozumienia o poufności, bądź z którymi w zawartych umowach wykonawczych znajdują się stosowne klauzule poufności oraz dotyczą nieznanymi ogółowi kontrahentów MAXTO oraz podmiotów udzielających potencjału wielkości oraz przedmiotu obrotów z tymi kontrahentami. Dalej podał, że Wykaz dostaw wraz z referencjami stanowi dla MAXTO, a także podmiotów, które złożyły pisemne zobowiązanie do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, istotną wartość gospodarczą. Podkreślił, że (...) Dane w nim zamieszczone stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość wyżej wymienionych firm, bowiem w szczególności wskazują ich poufnych klientów, o których istnieniu i potrzebach nie wie konkurencja i tym samym nie jest w stanie próbować odebrać im tychże klientów. Co więcej, informacje zawarte w części tajnej wykazu obrazują wielkość oraz przedmiot obrotu z niektórymi klientami, a zgodnie z postanowieniem

Sądu Antymonopolowego z dnia 30 października 1996 r., XVII Amz 3/96, tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu”. Wskazano również, że (...) Podjęte zostały (...) odpowiednie działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy, m.in. dane te nie są podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem. Dokumenty oraz informacje dotyczące przedmiotowego postępowania są umieszczone na zabezpieczonej przestrzeni dyskowej, a dostęp do nich wymaga posiadania autoryzacji. Serwerownia jest pomieszczeniem zamkniętym, dostępnym jedynie dla administratorów, a komputery wybranych użytkowników posiadających możliwość dostępu do danych chronionych są odpowiednio zabezpieczone przed nieautoryzowanym użyciem. Ponadto pracownicy MAXTO, dopuszczeni do w.w., informacji, zostali poinformowani o ich poufnym charakterze”. Wykonawca podał jednocześnie, że (...) Również zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów oraz dokumenty dotyczące tych podmiotów podpadają w tym przypadku pod tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tych informacji ma niewątpliwie uzasadnienie, gdyż mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa oraz posiadają cenną wartość gospodarczą. Zastrzeżenie podmiotu udostępniającego zasoby powoduje, iż Wykonawca chroni informacje o swoich kontrahentach, w tym źródła i drogi zaopatrzenia. Dodatkowo, zabezpiecza się przed konkurencją chroniąc swoje źródła zdobycia wiedzy oraz pozwalające na utrzymanie konkurencyjności przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających swój potencjał są wobec tego logiczną konsekwencją zastrzeżenia dokumentu zobowiązania do użyczenia potencjału”.

W tym przypadku, Izba przede wszystkim stwierdza, że zarzut podniesiony w odwołaniu dotyczy tylko zastrzeżonego Wykazu usług, zatem wobec treści art. 192 ust.7 ustawy Pzp Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Izba na marginesie zwraca uwagę, że wiedzę o zastrzeżeniu zobowiązania podmiotu do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci wykonawca mógł powziąć chociażby z wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 13 maja 2013 r., jak również z wyjaśnień z dnia 13 maja br. [żaden z tych dokumentów nie jest opatrzony klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa]. Rozpoznając zarzut we wskazanym zakresie, Izba ponownie stwierdza, że w postępowaniu odwoławczym, na gruncie

ustawy, Pzp ciężar udowodnienia spoczywa na tej stronie, która z faktu będącego przedmiotem dowodu wywodzi skutki prawne. Stąd też Izba – mając na uwadze zebrany materiał dowodowy uznała, że wykonawca Przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń. Przede wszystkim nie przedstawił dokumentu, potwierdzającego poufność wskazanych zamówień, co do ich przedmiotu, jak i co do podmiotu zlecającego. Nie przedstawił również – oprócz składania oświadczeń -dowodu na okoliczność podjętych działań organizacyjnych i porządkowych w celu utrzymania wskazanych informacji w tajemnicy. Nie przedstawił także w związku z zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, żadnego dowodu na okoliczność zawartego porozumienia, co do poufności udostępnionych usług kwalifikujących je do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W oświadczeniach składanych przez podmioty trzecie również nie ma takich zastrzeżeń. Tym samym Izba – w ślad za postanowieniem Sądu Antymonopolowego z dnia 30 października 1996 r., XVII Amz 3/96 – uznała, że tylko dane dotyczące wartości realizowanych projektów obiektywnie mogą mieć wartość gospodarczą. Tym samym, uwzględniając ten zarzut i nakazując udostępnienie tego Wykazu oraz referencji, jednocześnie za tajemnicę przedsiębiorstwa Izba uznała dane obrazujące w tych dokumentach wartość realizowanych zadań (projektów) i tym samym, w takim zakresie, nie podlegają one ujawnieniu.

Zarzut dotyczący zastrzeżenia Wykazu osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia, podlega oddaleniu. W tym przypadku Odwołujący podał, (...) że co do zasady informacje w zakresie potencjału osobowego, którym posługuje się określony wykonawca mogą stanowić tajemnicę. Wskazał jednocześnie, że w treści wykazu Zamawiający wymagał podania imienia i nazwiska, podstawy do dysponowania oraz informacji, dotyczącej doświadczenia oraz kwalifikacji osób potwierdzającej wymagania specyfikacji. W trakcie rozprawy zarzut ten wykonawca ograniczył do żądania podania imion i nazwisk osób wskazanych w Wykazie. Zdaniem Izby, przy tak sformułowanym żądaniu, Odwołujący nie wykazał interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp w podnoszeniu w odwołaniu tego zarzutu. W tym postępowaniu bowiem ocena oferty ma być dokonywana przede wszystkim w oparciu o doświadczenie i kwalifikacje wskazanych kandydatów oraz w oparciu o podstawę dysponowania tymi osobami. A zatem żądanie imienia i nazwiska kandydata nie może stanowić samodzielnej podstawy do podnoszenia zarzutu bezpodstawnego

zastrzeżenia informacji z tego Wykazu. W tym przypadku ciężar dowodu spoczywał na stronie Odwołującej, domagającej się ujawnienia imion i nazwisk kandydatów z Wykazu osób. Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy Izba uznała, że wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie zasadności żądań. Na marginesie Izba zauważyła, że dane osobowe mogącą korzystać z poufności i w konsekwencji mogą zostać zastrzeżone, jako informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

Uwzględniając odwołanie Izba miała na uwadze przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie, z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. W przedmiotowym postępowaniu nieuprawnione zastrzeżenie w ofercie części informacji nie pozwalało Odwołującemu na ocenę poprawności czynności badania oferty wykonawcy MAXTO, co w konsekwencji mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....