

Sygn. akt: KIO 1780/13

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 lipca 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DIMARK Sp. z o.o., DIMARK DK Sp. z o.o. oraz A..... F..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Firma Handlowa „AGNES” A..... F.....** w postępowaniu prowadzonym przez **Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków-Balice Sp. z o.o. w Balicach**

przy udziale wykonawcy **Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

przy udziale **wykonawcy LOGTECH s.r.o. z siedzibą w Republice Czeskiej** zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołujących

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się na stronach od 86 do 127 oferty złożonej przez wykonawcę Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie**

2. **Kosztami postępowania obciąża Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 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: DIMARK Sp. z o.o., DIMARK DK Sp. z o.o. oraz A..... F..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Firma Handlowa „AGNES” A..... F..... tytułem wpisu od odwołania,**

 - 2) **zasądza od Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DIMARK Sp. z o.o., DIMARK DK Sp. z o.o. oraz A..... F..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Firma Handlowa „AGNES” A..... F..... z tytułu uiszczzonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków-Balice Sp. z o.o. w Balicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Zaprojektowanie, dostawa i montaż systemu transportu i kontroli bagażu rejestrowanego w międzynarodowym terminalu lotniczym w Krakowie - Balicach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 21 maja 2013 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 maja 2013 r. pod numerem 2011/S 099-169915.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DIMARK Sp. z o.o., DIMARK DK Sp. z o.o. oraz A..... F..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Firma Handlowa „AGNES” A..... F..... (zwani dalej: „Odwołującymi”) w dniu 22 lipca 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia zastrzeżonej części oferty Qumak S. A.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, Odwołujący wniesli o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonej części oferty QUMAK S.A.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazali m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazali, iż zgodnie z treścią oświadczenia Przystępującego Qumak, na stronach od 86 do 127 tj. w części oferty stanowiącej Wykaz Wykonanych Zamówień zawarte są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Qumak w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym nie mogą być ujawniane oraz udostępniane podmiotom trzecim.

W ocenie Odwoływających dokonanie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu wykonanych zamówień jest nieuprawnione w świetle treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W świetle bowiem utrwalonego orzecznictwa KIO (tak, wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt: KIO 2260/11), zasada jawności jest podstawową zasadą systemu zamówień publicznych i doznaje ona ograniczeń jedynie w sytuacji wskazanej art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca zastrzegł w ofercie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Jak wskazali Odwoływający w oparciu o ugruntowane orzecznictwo przyjmuje się (tak, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 03 października 2000 roku, sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki: informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. W świetle orzecznictwa KIO: „Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w 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 ze zm.; wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie” (tak, wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2013 roku, sygn. akt: KIO 1014/12).

Według Odwoływających Informacja ma charakter technologiczny lub techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania (tak, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 03 października 2000 roku, sygn. akt: I CKN 304/00, OSN 2001, Nr 4, poz. 59). Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem (tak, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16 listopada 2006 roku, sygn. akt: UZP/ZO/0-2769/06). Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle (tak, wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt: KIO 2260/11).

W ocenie Odwołujących informacje zawarte w Wykazie Wykonanych Zamówień tj. Wykazie wykonanych głównych dostaw (Załącznik nr 6 do sporządzonej w ramach Postępowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej SIWZ), jakiego żądał Zamawiający obejmujące dane dotyczące: nazwy i adresu zamawiającego, miejsca wykonania prac, rodzaju wykonanych głównych dostaw, wartości zamówienia netto oraz czasu realizacji nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tak, wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt: KIO 2260/11). W świetle orzecznictwa KIO: „Wyliczenie przez wykonawcę innych zamówień publicznych w ramach wykazania posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia nie stanowi informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej, która mogłaby być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa” (tak, wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2011 roku, sygn. akt: KIO 657/11). Zdaniem Odwołujących tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy Pzp nie są też co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że usługa została wykonana w sposób należyty. Podobnie, w ocenie Odwołujących tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia (tak, wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt: KIO 2260/11). Jak wskazali Odwołujący potwierdzeniem powyższego są poglądy doktryny prezentowane na tle problematyki prawa zamówień publicznych. *„Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Ponadto, co do zasady, informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, jakich żąda zamawiający, obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi lub dostawy, terminu realizacji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych nie są też - co do zasady - dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług lub dostaw, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że zostały wykonane w sposób należyty”* (tak, Paweł Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis). Ponadto z uwagi na specyfikę Zamówienia (przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, dostawa i montaż systemu transportu i kontroli bagażu rejestrowanego dla portu lotniczego) podobne zamówienia mogły być realizowane w przeszłości praktycznie wyłącznie na rzecz jednostek sektora finansów publicznych (porty lotnicze). Konieczne jest więc stwierdzenie, że co do zasady, dane dotyczące: nazwy i adresu zamawiającego, miejsca wykonania prac, rodzaju wykonanych głównych dostaw, wartości zamówienia netto oraz czasu realizacji, są w takim przypadku informacjami jawnymi, gdyż większość takich zamówień została udzielona po przeprowadzeniu jawnych postępowań o zamówienie publiczne, a odbiorcami są jednostki

zobowiązane do stosowania ustawy Pzp. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest informacja dotycząca umów zawartych z jednostkami sektora finansów publicznych, gdyż zgodnie z art. 34 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 roku, Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.), takie informacje objęte są zasadą jawności, a co za tym idzie, każdy zainteresowany mógłby je uzyskać w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na treść art. 35 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym klauzule umowne dotyczące wyłączenia jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa w umowach zawieranych przez jednostki sektora finansów publicznych lub inne podmioty, o ile wynikające z umowy zobowiązanie jest realizowane lub przeznaczone do realizacji ze środków publicznych, uważa się za niezastrzeżone, z wyłączeniem informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w tajemnicy, lub w przypadku, gdy jednostka sektora finansów publicznych wykaże, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że wymaga tego istotny interes publiczny lub ważny interes państwa (tak, Paweł Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis). Zatem jawność informacji dotycząca nazw odbiorców, dat wykonania czy wartości nie może być w tym przypadku ograniczona. Odwołujący przywołał tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 roku, gdzie wskazano, że: „zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć” (tak, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05 września 2001 roku, sygn. akt: I CKN 1159/2000). Ponadto jeśli daną informację można uzyskać w zwykłym, dozwolonym toku czynności, a także jeżeli obowiązek ujawniania informacji wynika z odrębnych przepisów prawa, to uznanie jej za tajemnicę, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne (tak, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 20 października 2004 roku, sygn. akt: III Ca 919/04, niepubl.). W ocenie Odwołujących cechą immanentną referencji jest możliwość ich upublicznienia. Listy referencyjne służące do wykazywania posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji zamówień publicznych są bowiem stworzone w celu ich ujawniania. Zatem Odwołujący przypuszczają (wobec braku dostępu do zastrzeżonej części oferty wykonawcy Qumak), że wykazując posiadanie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez Zamawiającego z treścią SIWZ, wykonawca Qumak powołał posiadane dokumenty referencje albo wykazywał te okoliczności referencjami (zasobami) podmiotów trzecich. W ocenie Odwołujących, jeżeli dokumenty referencyjne dotyczyły zamówień publicznych realizowanych w Polsce bądź innym państwie Unii Europejskiej, to z pewnością ich treść nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie informacje bowiem można uzyskać w zwykłym, dozwolonym toku czynności, poprzez dostęp do informacji publicznej w trybie

przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001 roku, Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.) lub innego aktu prawnego regulującego analogiczną procedurę w ramach prawodawstwa Unii Europejskiej i jej poszczególnych członków. Dodatkowo, zdaniem Odwoływających, nie można zastrzec tajemnicy przedsiębiorstwa wobec dokumentów, które zostały uprzednio ujawnione w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na terenie Polski albo innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Zgodnie bowiem z orzecznictwem KIO informacje tego typu: „(...) są przedmiotem obrotu zamówień publicznych, na gruncie którego obowiązuje zasada jawności. Wskazane w wykazie, załączonych referencjach i protokołach odbioru zamówienia zostały wykonane na rzecz jednostek sektora finansów publicznych i informacje o tych zamówieniach mogą być ujawnione do wiadomości publicznej, a zatem nie wypełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa” (tak, wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2012 roku, sygn. akt: KIO 762/12). Jednocześnie Odwołujący podkreślili, że „publiczny” status kontrahentów, na rzecz których realizował dostawy wykonawca Qumak albo podmiot udostępniający zasoby jedynie dodatkowo wzmacniałby argumentację Odwoływających. Orzecznictwo KIO dopuszcza bowiem także sytuacje, w których informacje o dostawach i usługach wykonanych na rzecz podmiotów prywatnych również nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W myśl wyroku KIO z dnia 6 czerwca 2012 roku: „Status kontrahenta nie przesadza o możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o samym fakcie zrealizowania dostaw i usług oraz podstawowych informacji na temat kontraktu (takich jak wartość czy data wykonania)” (tak, wyrok KIO z dnia 06 czerwca 2012 roku, sygn. akt: KIO 1014/12).

Finalnie Odwołujący podkreślili, że w świetle przepisów ustawy Pzp, za szczególnie naganne należy oceniać utajnianie części oferty w celu uniemożliwienia wykonawcom konkurencyjnym zbadania prawidłowości złożonej oferty. W ocenie Odwoływających zakres i przedmiot objęcia przez wykonawcę Qumak rzekomą tajemnicą przedsiębiorstwa oferty może wskazywać na takie działanie. Konieczne jest bowiem wskazanie, że wykonawca Qumak zastrzegł całą część oferty, która dotyczy wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia, które umożliwiałyby należyte wykonanie zamówienia. Wykonawca Qumak dokonał objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa nie tylko samego Wykazu wykonanych głównych dostaw, ale także wszelkich dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień wskazanych w tym Wykazie. Dodatkowo, zdaniem Odwoływających, przedmiotem zastrzeżenia rzekomą tajemnicą przedsiębiorstwa objęto także dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich udostępniających wykonawcy Qumak swoje zasoby. W ocenie Odwoływających, wykazując posiadanie wiedzy i doświadczenia, wykonawca Qumak musiał posłużyć się zasobami podmiotu trzeciego. Według powszechnie dostępnej wiedzy Odwoływających wykonawca Qumak nie realizował w przeszłości zamówienia, które pozwoliłoby mu

samodzielnie spełnić wymogi określone treścią SIWZ. Zatem, działanie wykonawcy Qumak polegające na zastrzeżeniu objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty wykonawca Qumak od strony 86 do strony 127, w szczególności w świetle poniższego orzecznictwa KIO, nie zasługuje na ochronę prawną.

Jak wskazali Odwołujący podstawą wniesienia odwołania było zaniechanie Zamawiającego w postaci nieodtajnienia zastrzeżonej części oferty Qumak S. A.

W wyniku wniosku Odwołujących, w dniu 15 lipca 2013 r. Zamawiający udostępnił Odwołującym elektroniczną kopię oferty wykonawcy Qumak z wyłączeniem treści zawartej w części oferty wykonawcy Qumak od strony 86 do strony 127 z uwagi na zastrzeżenie poczynione przez wykonawcę Qumak odnośnie objęcia tej części oferty wykonawcy Qumak tajemnicą jej przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 16 lipca 2013 roku Odwołujący wystąpili do Zamawiającego z wnioskiem o niezwłoczne odtajnienie zastrzeżonej przez wykonawcę Qumak części oferty i udostępnienie jej do wglądu Odwołujących, z uwagi na fakt, że objęcie tajemnicą wykazu wykonanych zamówień i związanych z tym dokumentów należy uznać za całkowicie bezprawne w świetle przepisów ustawy Pzp w związku z postanowieniami art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Pismem z dnia 17 lipca 2013 roku Zamawiający poinformował Odwołujących, że wnioskiem z dnia 17 lipca 2013 roku wystąpił do wykonawcy Qumak z żądaniem wskazania podstaw dokonanego utajnienia dokumentów oferty, co umożliwi ocenę prawidłowości ich zastrzeżenia. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że po otrzymaniu wyjaśnień w przedmiotowej kwestii, Zamawiający poinformuje Odwołujących w dniu 23 lipca 2013 roku osobnym pismem o podjętej decyzji dotyczącej utajnionych przez wykonawcę Qumak dokumentów.

W dniu 22 lipca 2013 r. Odwołujący wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w przedmiocie zastrzeżenia w ofercie przez wykonawcę Qumak tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 31 lipca 2013 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając odwołanie w całości.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2013 r. wykonawca Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej sprzeciw.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 22 lipca 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 25 lipca 2013 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła również, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołujących w dniu 25 lipca 2013 r. zgłosił przystąpienie wykonawca LogTech s.r.o.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego wykonawców: Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie, oraz LogTech s.r.o. (zwanym dalej odpowiednio: „Przystępującym Qumak” oraz „Przystępującym LogTech”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Zaprojektowanie, dostawa i montaż systemu transportu i kontroli bagażu rejestrowanego w międzynarodowym terminalu lotniczym w Krakowie - Balicach”*.

Izba ustaliła, że w wyniku wniosku Odwoływających, w dniu 15 lipca 2013 r. Zamawiający udostępnił Odwoływającym elektroniczną kopię oferty wykonawcy Qumak z wyłączeniem treści zawartej w części oferty wykonawcy Qumak od strony 86 do strony 127 z uwagi na zastrzeżenie poczynione przez wykonawcę Qumak odnośnie objęcia tej części oferty wykonawcy Qumak tajemnicą jej przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 16 lipca 2013 roku Odwoływający wystąpili do Zamawiającego z wnioskiem o niezwłoczne odtajnienie zastrzeżonej przez wykonawcę Qumak części oferty i udostępnienie jej do wglądu Odwoływających, z uwagi na fakt, że objęcie tajemnicą wykazu wykonanych zamówień i związanych z tym dokumentów należy uznać za całkowicie bezprawne w świetle przepisów ustawy Pzp w związku z postanowieniami art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Pismem z dnia 17 lipca 2013 roku Zamawiający poinformował Odwoływających, że wnioskiem z dnia 17 lipca 2013 roku wystąpił do wykonawcy Qumak z żądaniem wskazania podstaw dokonanego utajnienia dokumentów oferty, co umożliwi ocenę prawidłowości ich zastrzeżenia. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że po otrzymaniu wyjaśnień w przedmiotowej kwestii, Zamawiający poinformuje Odwoływających w dniu 23 lipca 2013 roku osobnym pismem o podjętej decyzji dotyczącej utajnionych przez wykonawcę Qumak dokumentów.

W dniu 22 lipca 2013 r. Odwoływający wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w przedmiocie zastrzeżenia w ofercie przez wykonawcę Qumak tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 31 lipca 2013 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając odwołanie w całości.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2013 r. wykonawca Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej sprzeciw.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut Odwołujących postawiony Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy Qumak S. A. od str. 86 do str. 127 - jest zasadny.

Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - *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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio.* Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, a *contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą 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. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.).

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.* Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Wcześniejsze uregulowanie przepisu odwoływało się do tajemnicy handlowej, która dzisiaj zawarta jest w *„innych informacjach posiadający wartość gospodarczą”*. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyrok SN z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, gdzie jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (również wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, Nr 5, poz. 67). Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. *„w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”*. Wyrażony przez SN pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, co zostało ugruntowane w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego.

Należy pamiętać, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Zamawiający zawsze powinien badać skuteczność zastrzeżenia w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (Sąd Najwyższy, Uchwała z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05).

Sąd Najwyższy – wskazując, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności zastrzeżenia a dopiero w wyniku stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia następuje wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji – nie określił w jaki sposób Zamawiający ma rozstrzygać czy dana informacja faktycznie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadal, pomimo licznego orzecznictwa oraz zdefiniowanego pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa każda sprawa rozpoznawana musi być przez Zamawiającego indywidualnie. Uwzględniając wypracowane w doktrynie mechanizmy Zamawiający przed ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w pierwszej kolejności poinformować podmiot zastrzegający, choć przepisy ustawy nie nakładają na Zamawiającego takiego obowiązku. Takie postępowanie po pierwsze wpisuje się w należytą staranność prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po drugie może uchronić Zamawiającego od groźby ponoszenia kar (postępowanie karne) a po trzecie daje podmiotowi, który zawarł w ofercie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa prawo do wnoszenia środka ochrony prawnej w zakresie czynności Zamawiającego.

Nie ulega również wątpliwości, że niektóre informacje zawarte w ofertach – często niechętnie są upubliczniane przez wykonawców, ze względu na prowadzoną politykę firmy, jednak powyższy argument nie daje wykonawcy podstaw do zastrzegania takich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba zauważyła, że zastrzeganie informacji zawartych w ofertach – stało się wielokrotnie – sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zamawiający zaś uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet w przypadkach gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji – co zdaniem Izby zasługuje na dezaprobatę i prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności.

Analogiczne stanowisko zostało wyrażone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyrokach z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C-438/04 Mobistar oraz w wyroku z dnia 14 lutego 2008 r., C-450/06 Varec, w których stwierdzono, że *„Zasada informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowania praw do obrony stron sporu”*. Zatem wykonawca, przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien liczyć się ze wszystkimi jego konsekwencjami, t.j. chociażby, że część z informacji – istotnych dla niego z subiektywnego punktu widzenia – ze względu na zasadę jawności zostanie udostępniona innym wykonawcom uczestniczącym w tym postępowaniu.

Izba przypomina, że obowiązkiem spoczywającym na Zamawiającym, jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem jeśli, któraś z przesłanek odnosząca się do tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostanie wypełniona, to zasada jawności – jako fundamentalna zasada zamówień publicznych – będzie przeważać nad prawem wykonawcy zastrzegania niektórych informacji jako poufne.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Dodatkowo Izba wskazuje, że co do zasady, w ocenie Izby, informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, jakich żąda Zamawiający, obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi/dostawy, terminu realizacji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy Pzp nie są też co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług/dostaw, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że zostały wykonane w sposób należyty.

Podobnie, zdaniem Izby tajemnicą przedsiębiorstwa, co do zasady nie mogą być objęte dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba uznała, że nieuprawnionym jest – niejako z automatu – zastrzeganie zobowiązań podmiotów trzecich, należy jednak wobec takich dokumentów również wykazać przesłanki zasadności takiego zastrzeżenia. Zatem skoro wykonawca nie wykazał - że powyższe relacje podlegają ochronie trudno zatem uznać, że takie zastrzeżenie jest zasadne. Wykonawca również w takim wypadku powinien wykazać Zamawiającemu, że jest to istotna informacja, nieujawniona, i wobec niej podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Podkreślenia również wymaga, że informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, jakich żąda zamawiający obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi/dostawy, terminu realizacji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem jawność informacji dotycząca nazw odbiorców, dat wykonania czy wartości nie może być w tym przypadku ograniczona. Izba powołuje w tym miejscu tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września

2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: „zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z samego produktu każdy fachowiec poznać może kto daną usługę wykonał (podobnie Wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. I CKN 304/00 OSNC 2001/4/59).

Izba zgodziła się z Odwołującymi, że nie zostały wykazane przesłanki dotyczące zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Qumak S. A.

Jak słusznie wskazali Odwołujący informacja traci cechę poufności, gdy można z łatwością do danej informacji dotrzeć, np. za pomocą Internetu. Upublicznienie danej informacji w jednym miejscu oznacza jej „odtajnienie” na całym świecie. Dodatkowo, jeżeli ujawniono - wystarczająco dużo danych częściowych – co w ocenie Odwołujących ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym -, aby na ich podstawie ustalić treść chronionej informacji, to taka informacja traci również przymiot poufności.

Ponadto jak wskazano, referencje lub inne poświadczenia należytego wykonania zamówień jako dokumenty ze swojej natury stworzone w celu ich upublicznienia bez wyrządzenia jakiegokolwiek szkody podmiotowi, którego dotyczą, a także informacje na temat wykonanych wcześniej zamówień, w szczególności na rzecz podmiotów sektora finansów publicznych, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na potwierdzenie tego stanowiska Odwołujący przedstawili informacje, dane i dokumenty, które uzyskali w zwykły, dozwolony prawem sposób, w szczególności poprzez pobranie z Internetu, a także, które pozyskali w trakcie innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych na terenie Unii Europejskiej.

Ponadto – jak zauważyli Odwołujący - informacje zawarte na stronach od 86 do 127 oferty wykonawcy Qumak nie spełniają także następnej z przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa tj. posiadania kwalifikowanego charakteru. Wykazu wykonanych głównych dostaw, referencji i innych poświadczeń należytego wykonania zamówień, w szczególności tych pochodzących od podmiotu trzeciego oraz oświadczeń i dokumentów związanych z udostępnianiem zasobów przez podmiot trzeci nie można uznać za informacje technologiczne (np. metody produkcji, kontrola jakości), techniczne (projekty rozwiązań technicznych niepodlegające ochronie patentowej, modele rozwiązań

technicznych, wykaz narzędzi i urządzeń), handlowe (elementy ceny i sposób jej budowania, strategie cenowe, t.j. strategie biznesowe), a także za informacje organizacyjne (system dystrybucji, procedury wewnętrzne, zasady organizacji i zarządzania, kwalifikacje specjalistów, wysokość wynagrodzeń).

Dodatkowo – jak zauważono - Przystępujący Qumak poprzestał na wymienieniu stosowanych zabezpieczeń, nie przedkładając jakiegokolwiek dowodu, że przedmiotowe metody ochrony informacji poufnych mają zastosowanie. W szczególności wykonawca ten nie przedstawił jakichkolwiek regulaminów, procedur czy innych dokumentów potwierdzających funkcjonowanie u tego wykonawcy odpowiednich zabezpieczeń technicznych.

Zauważenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wymaga fakt, że Przystępujący Qumak złożył Izbie (oraz stronom) na rozprawie zobowiązanie o zachowaniu poufności – w jego ocenie w odpowiedni sposób zanonimizowane - jednak nie zakreślając na str. trzeciej tego dokumentu frazy „*Logan Teleflex Signature*” ujawnił informacje, które w jego ocenie spełniały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec takiego stanu rzeczy, Izba uznała, że odwołanie należy uwzględnić.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego Qumak, że odwołanie należy oddalić, gdyż jest one przedwczesne, a termin na wniesienie przedmiotowego odwołania mógł rozpocząć swój bieg od momentu poinformowania wykonawcy o decyzji Zamawiającego w sprawie odtajnienia oferty wykonawcy Qumak S. A., Izba uznała że na gruncie niniejszego stanu faktycznego, w ocenie Izby od daty nieudostępnienia dokumentacji, t.j. części ofert, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (t.j. od dnia 15 lipca 2013 r.) rozpoczął się bieg terminu na wniesienie odwołania w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro Zamawiający nie udostępnił ofert w pełnym zakresie, to należy uznać, że wykonawca miał prawo domniemywać, że Zamawiający zaakceptował takie zastrzeżenie, biorąc jednocześnie pod uwagę że Zamawiający nie udzielił Odwołującym informacji do dnia 23 lipca 2013 r., a jednocześnie uwzględnił zarzuty odwołania.

Izba tym samym nie przychyliła się do argumentacji Przystępującego Qumak, że termin na wniesienie odwołania, mógł rozpocząć swój bieg z dniem 23 lipca 2013 r., t.j. z momentem poinformowania o rzekomym zakończeniu procedury badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba uznała, że Odwołujący dochowali należytej staranności, aby zapoznać się ze złożonymi ofertami. Skoro Zamawiający przyznał, iż w dniu 15 lipca 2013 r. odmówił udostępnienia pełnej treści ofert zatem zasadnym jest uznanie w

niniejszym stanie faktycznym, iż w świetle dyspozycji art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp *„powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”*.

Uznając argumentację, że nie ma w ustawie Pzp przewidzianego terminu na zbadanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to jednak należy pamiętać że wykonawca nie może pozostawać w niepewności, co do czynności (czy też zaniechania czynności) Zamawiającego. Wykonawca w przypadku braku jakiegokolwiek informacji ze strony Zamawiającego (co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym), czekając na decyzję co do dokonania, bądź nie weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pozostawałby w niepewności, ryzykując że jego odwołanie zostanie uznane za spóźnione i w konsekwencji odrzucone przez Krajową Izbę Odwoławczą, jako wniesione po terminie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może mieć istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2, 3 pkt 1 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

.....

.....