

Sygn. akt KIO/UZP 528/10

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Członkowie: Agnieszka Bartczak - Żuraw

Barbara Bettman

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną, 00 – 105 Warszawa, ul. Twarda 18** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01 – 748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5**, protestu z dnia **15 marca 2010 r.**

przy udziale **GTS Energis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 02 – 626 Warszawa, Al. Niepodległości 69** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie sprawdzenia oferty GTS Energis Sp. z o.o., pod kątem dokonanych w niej zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienie tych części oferty, w których zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.**

- 2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01 – 748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną, 00 – 105 Warszawa, ul. Twarda 18**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4444 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01 – 748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5** na rzecz **Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną, 00 – 105 Warszawa, ul. Twarda 18**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu, zaliczonych w poczet kosztów postępowania odwoławczego;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej, 00 – 105 Warszawa, ul. Twarda 18.**

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

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" na „”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 07.11.2009 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

Odwołujący – Telekomunikacja Polska S.A. w dniu 09.03.2010 r. zapoznał się z ofertami złożonymi w postępowaniu, stwierdzając, iż oferta wykonawcy – GTS Energis Sp. z o.o. zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa: wykaz wykonanych lub wykonywanych zamówień wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat, referencje potwierdzające należyte wykonanie w wskazanych usług, zobowiązanie podwykonawcy do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. W związku z zastrzeżeniami, czy informacje utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa, zastrzeżone zostały zgodnie z prawem Odwołujący w dniu 15.03.2010 r. wniósł protest do Zamawiającego, zarzucając w nim

naruszenie art. 8 ust. 3, art. 87 ust. 1, 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący zażądał odtajnienia ofert we wskazanym zakresie. Zamawiający w dniu 17.03.2010 r. oddalił protest. W dniu Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał w całości stanowisko przedstawione w proteście wyłącznie w odniesieniu do oferty wykonawcy GTS Energis Sp. z o.o. Odwołujący wniósł o odtajnienie oferty wykonawcy GTS Energis Sp. z o.o..

W dniu 19.04.2010 r. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca GTS Energis 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.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Na wstępie Izba zbadała, czy Odwołujący się posiada interes prawny do wniesienia środków ochrony prawnej i żądania odtajnienia elementów oferty zastrzeżonych w ofercie Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Izba uznała, iż brak możliwości zweryfikowania informacji mogących mieć wpływ na ocenę oferty wykonawcy Przystępującego, i uznaniu jej w części jako niejawnej ma bezpośredni wpływ na możliwość zweryfikowania bądź nie decyzji Zamawiającego w zakresie późniejszego wyboru i uznaniu oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Uznanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa niesie za sobą dalekoidące konsekwencje, ponieważ niewątpliwie ma wpływ na ewentualną możliwość weryfikacji oferty w tym zakresie i braku możliwości podważania oferty konkurencyjnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy stwierdzić, iż skoro Odwołujący w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przy założeniu, iż Odwołujący powziął informację o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa (zapoznał się z treścią oferty) to od powzięcia informacji rozpoczął się bieg terminu na wniesienie środków ochrony prawnej. Interes prawny należy badać na moment wnoszenia środków ochrony prawnej.

W zakresie zarzutów merytorycznych Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Odwołujący w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7

ustawy poprzez zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do oferty GTS Energis Sp. z o.o., a w konsekwencji zaniechanie ujawnienia treści oferty GTS Energis Sp. z o.o.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż zarzut zaniechania badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do całości oferty GTS Energis Sp. z o.o. jest zarzutem ogólnym dotyczącym zaniechania dokonania ww. czynności przez zamawiającego i obejmuje zarówno zarzut zaniechania badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zarówno w zakresie zastrzeżenia wykazu usług, referencji oraz zobowiązania podwykonawcy do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Tym samym zgłoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczą zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa następujących elementów oferty:

- wykazu wykonanych lub wykonywanych zamówień wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, w ciągu kolejnych 12 miesięcy tego okresu, umów operatora sieci rozległej obejmujących co najmniej 100 zaproszonych terytorialnie punktów dostępnych każda (co najmniej jedna umowa) z podaniem przedmiotu, w tym zastosowania rodzaju technologii, dat wykonania i odbiorcy, wraz z dokumentem potwierdzającym, że usługi zostały wykonane należycie, (załącznik nr 4 do SIWZ),
- referencji potwierdzających należyte wykonanie w wskazanych usług,
- zobowiązania podwykonawcy do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Izba badając poszczególne zarzuty stwierdziła:

W zakresie zarzutu zaniechania badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącego wykazu usług oraz referencji załączonych do oferty Izba stwierdziła, iż powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający dokonał weryfikacji, co do skuteczności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w ofercie Przystępującego tylko w zakresie zobowiązania podwykonawcy do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Na rozprawie Zamawiający stwierdził, iż jego zdaniem z dokumentów przedstawionych w toku prowadzonego postępowania nie wynikało aby przystępujący dokonał zastrzeżenia tylko na użytek danego konkretnego postępowania. Zamawiający na rozprawie wskazał, iż co do informacji (w zakresie referencji oraz wykazu usług) nie miał on wątpliwości co do ich zastrzeżenia. Wedle Zamawiającego Przystępujący zawarł wyczerpujące informacje w powyższym zakresie. Jednakże Zamawiający nie wskazał konkretnych dowodów, kroków podjętych w celu

zweryfikowania czy informacje podane przez Przystępującego w ofercie faktycznie stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy pamiętać, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jedną z naczelnych zasad jest zasada pisemności. Z dokumentacji postępowania nie wynika jasno, kiedy i jakich czynności Zamawiający dokonywał w celu zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu usług i referencji.

Z treści art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), wynika, iż 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, co oznacza, iż tajemnicą przedsiębiorstwa jest tylko taka informacja, która spełnia łącznie trzy przesłanki (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 5), tj.:

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

Skład orzekający Izby uznał, iż, aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione wskazane wyżej przesłanki. Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanne 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. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05).

Należy pamiętać, iż jedną z podstawowych zasad jest zasada jawności postępowania. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należy postrzegać jako wyjątek od tej zasady.

Tak więc 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.

Zamawiający, w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść dokumentu. Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy się odnosić do treści poszczególnych dokumentów, może bowiem wystąpić sytuacja, iż tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, w dokumentacji postępowania brak jest informacji wskazującej, iż Zamawiający w celu badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pisemnie zwracał się do Przystępującego w celu zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w zakresie zastrzeżenia referencji oraz wykazu zrealizowanych usług), co potwierdził na rozprawie Zamawiający wskazując iż co do referencji oraz wykazu usług nie miał wątpliwości co do skuteczności ich zastrzeżenia. Jednakże Izba wskazuje, iż samo stwierdzenie oraz przekonanie Zamawiającego nie może być wystarczające, aby uznać, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest skuteczne w tym zakresie. W ocenie Izby zachowanie Zamawiającego było niewystarczające. W przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający nie może kierować się tylko swoimi przekonaniem, powinien w tym zakresie podjąć konkretne działania, dochować należytej staranności w wyjaśnieniu czy w danym stanie faktycznym spełnione zostały przesłanki skutkujące zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien w takich wypadkach wystąpić do wykonawcy o wykazanie się dowodem spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przedstawienie dowodów w tym zakresie. Zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać, czy faktycznie zaistniały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający na rozprawie przyznał, iż nie podejmował dodatkowych działań w celu weryfikacji czy powyższe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby powyższa kwestia nie została przez Zamawiającego należycie wyjaśniona.

Ponadto zdaniem Izby Przystępujący nie wykazał wszystkich przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności Przystępujący nie wykazał, iż powyższe informacje mają taki charakter, iż podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przystępujący w przystąpieniu z dnia 16.04.2010 r. powołał się na interpretację standardów przyjętych w Porozumieniu w Sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej. Ponadto Przystępujący powołał się także na wyrok SN z dnia 28.02.2007 t., sygn. akt V CSK 444/06) (str. 9-10 przystąpienie z dnia 19.04.2010 r.). Argumenty Przystępującego są chybione ponieważ, aby wykazać się podjęciem w stosunku do niej niezbędnych działań w celu zachowania poufności, należy wykazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania które zostały podjęte przez wykonawcę, t.j. np. wykazanie się

wewnętrzny regulaminami, wskazującymi iż powyższa informacja nie może zostać w żaden sposób upubliczniona.

Aby wykazać się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy powołać się na bogate orzecznictwo w tym zakresie, należy wykazać spełnienie powyższych przesłanek w konkretnym stanie faktycznym (str. 8 przystąpienia z dnia 19.04.2010 r.).

Należy podkreślić co do zasady zarówno wykaz usług, czy referencje załączone do oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Przesądza o tym również liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek wyjaśnienia powyższych okoliczności (jest to obowiązek nie zaś uprawnienie) a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu bądź nie oferty wykonawcy. Zdaniem Izby w zaistniałych okolicznościach sprawy nie zostały w sposób dostateczny wykazane przesłanki zaistnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. To na wykonawcy, który zastrzega powyższe informacje spoczywa obowiązek wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca taki powinien być przygotowany na uzasadnienie zastrzeżenia charakteru powyższych informacji. Co do zasady informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, dat rozpoczęcia i zakończenia usługi a także odbiorca ww. usługi nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa (na co wskazuje załącznik do formularza ofertowego – szczególna wycena usług). Aby powyższe okoliczności zostały przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa powinny zostać przez niego w sposób dostateczny uzasadnione. Ponadto należy wskazać, iż zdaniem Izby rodzaj wykorzystywanej technologii (załącznik nr 4 do siwz) nie stanowi również tajemnicy przedsiębiorstwa. Aby powyższe okoliczności zostały zastrzeżone przez wykonawców powinny w konkretnym stanie faktycznym zostać w sposób dostateczny wykazane.

Takie zachowanie Zamawiającego prowadzić może do złamania podstawowej zasady jawności postępowania zawartej w art. 8 ustawy Pzp i uniemożliwić innym wykonawcom dokonania weryfikacji danych tam zawartych.

Wydaje się, iż Zamawiający nie dokonał de facto nałożonego na nim obowiązku należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dlatego też w związku z niewykazaniem się zaistnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego należy stwierdzić, iż powyższe informacje kwalifikują się do ponownego zweryfikowania oraz odtajnienia tych części oferty, które w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uwzględniając powyższą argumentację Krajowa Izba Odwoławcza dopatrzyła się naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Tym samym uwzględniając powyższe Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w zw. z rozporządzeniem 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. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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:

.....

.....