

Sygn. akt: KIO 245/14

WYROK
z dnia 28 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRIAS AVI Sp. z o.o. (lider konsorcjum), TRIAS S.A., Deko Bau Sp. z o.o. i Sprint S.A., ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Europejskie Centrum Solidarności, ul. Doki 1, 80-958 Gdańsk**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A. (lider konsorcjum) i M..... L.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **M..... L..... Multimedia Art & Education, Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRIAS AVI Sp. z o.o. (lider konsorcjum), TRIAS S.A., Deko Bau Sp. z o.o. i Sprint S.A., ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa** 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: TRIAS AVI Sp. z o.o. (lider konsorcjum), TRIAS S.A., Deko Bau Sp. z o.o. i Sprint S.A., ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRIAS AVI Sp. z o.o. (lider konsorcjum), TRIAS S.A., Deko Bau Sp. z o.o. i Sprint S.A., ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa** na rzecz **Europejskiego Centrum Solidarności, ul. Doki 1, 80-958 Gdańsk** kwotę **5 412 zł 39 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwanaście złotych trzydzieści dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów noclegu oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Europejskie Centrum Solidarności w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i instalację Wystawy Stałej pn. „Drogi do Wolności”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 listopada 2013 r. pod nr 2013/S 213 - 369354.

W dniu 10 lutego 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TRIAS AVI Sp. z o.o., TRIAS S.A., Deko Bau Sp. z o.o. i Sprint S.A. (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A. i M..... L..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M..... L..... Multimedia Art & Education (dalej: „Konsorcjum Qumak”),
- zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum Qumak, jak również wezwań Zamawiającego skierowanych do tych wykonawców i odpowiedzi na nie w całości lub ewentualnie w części,
- zaniechania wyjaśnienia przesłanek zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie wszystkich zastrzeżonych dokumentów i oświadczeń w ofercie Konsorcjum Qumak, uzupełnień i wyjaśnień oferty;
- zaniechania wykluczenia Konsorcjum Qumak z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 oraz art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Qumak zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa szereg dokumentów i oświadczeń składanych w ofercie, jak również w toku postępowania. Zamawiający zaniechał ich odtajnienia, a co więcej, zastrzegł jako tajemnicę część wezwania do uzupełnień. Zaniechania Zamawiającego dotyczą następujących dokumentów:

- wykazu usług i dostaw (z wyjątkiem czterech pozycji),
- wykazu osób,
- informacji z banku,
- polisy OC,
- zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów,
- wykazu oferowanych materiałów, wyrobów lub urządzeń (na wzorze z Załącznika nr 12 do siwz),
- wyjaśnień do oferty odnośnie przesłanek zastrzeżenia w/w informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- części wezwania Zamawiającego z dnia 21 stycznia 2014 r. do uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- uzupełnień dokumentów i/lub oświadczeń w odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 stycznia 2014 r.

Zdaniem Odwołującego, zastrzeżone przez Konsorcjum Qumak informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z ustawą Pzp. Wartość gospodarczą, w opinii Odwołującego, ma dla Konsorcjum Qumak sam fakt zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznej informacji służących wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zgodności złożonej oferty ze specyfikacją; celem takiego zastrzeżenia jest tylko i wyłącznie uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi wykonawcami przez pozbawienie ich możliwości kontroli poprawności złożonych dokumentów. Jak zauważył Odwołujący, taki cel nie podlega ochronie w świetle przepisów prawa - zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W tej sytuacji narażony jest interes Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada ograniczone możliwości w zakresie kontroli poprawności zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez konkurencyjnych wykonawców. Ogromna odpowiedzialność spoczywa tutaj na Zamawiającym. Tymczasem Zamawiający nie dopełnił należycie swoich obowiązków. Przede wszystkim nie zbadał prawidłowości zastrzeżenia jako tajemnicy odnośnie wszystkich zastrzeżonych dokumentów i oświadczeń, skupiając się jedynie na polisie OC, zaświadczeniu z banku oraz wykazie urządzeń. Tymczasem wykaz dostaw i usług, wykaz osób oraz zobowiązania podmiotów trzecich również powinny zostać wyjaśnione odnośnie zastrzeżenia ich jako tajemnicy.

Odnosząc się do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu usług i dostaw Odwołujący uznał, iż nie może być przyjmowany, jako jedyny wyznacznik tajemnicy przedsiębiorstwa w wykazach doświadczenia (usług, dostaw lub robót budowlanych) fakt, czy usługa, dostawa lub robota budowlana została wykonana dla sektora publicznego, czy prywatnego. Dotyczy to bowiem tylko jednej z przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, jaką jest nieujawnianie do informacji publicznej (umowy w sektorze publicznym są co do zasady jawne). W dobie Internetu również w sektorze prywatnym spełnienie tej przesłanki jest wątpliwe, gdyż kontrahenci wykonawcy chwają się swoim doświadczeniem na swoich stronach internetowych, traktując je jako okazję do promocji swojej działalności. Jednakże brak ujawnienia to jedna z przesłanek. W ocenie Odwołującego, nie zachodzi zaś przesłanka główna, tj. fakt, iż dana informacja ma znaczenie organizacyjne lub handlowe, posiadające wartość gospodarczą inną, niż uzyskanie przewagi konkurencyjnej w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym informacja jest zastrzegana. Jeśli taką wartość ma mieć oznaczenie konkretnego kontrahenta, dla którego usługa/dostawa/robota była wykonana, to nic nie stoi na przeszkodzie, zdaniem Odwołującego, aby utajnić piątą kolumnę wykazu dostaw lub usług, wskazującą na podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonane.

W zakresie utajnienia wykazu osób Odwołujący podniósł, iż nie istnieją przeszkody, aby chronić jedynie dane osobowe poszczególnych specjalistów, co zapewni ochronę informacji odnośnie dostępu do zasobów kadrowych wykonawcy. Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że pan M..... L..... jest członkiem Konsorcjum Qumak, a zatem zastrzeżenie uczestnictwa jego osoby jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wypełnia przesłanki nieujawniania informacji zastrzeżonych do wiadomości publicznej.

Co do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji z banku Odwołujący wskazał, że sama wysokość środków lub zdolność kredytowa na poziomie określonym jako warunek udziału w postępowaniu tj. 20 mln zł, nie stanowi informacji poufnej. Numer rachunku bankowego Qumak S.A. można znaleźć w Internecie, jak również wszelkie informacje o znaczących umowach kredytowych Qumak S.A. Przykładowo na stronie internetowej: [https://www.qumak.pl/rel post/raport-biezacy-nr-512013-z-dnia-2-pazdziernika-2013-r-zawarcie-znaczej-umowy-kredytowej/](https://www.qumak.pl/rel%20post/raport-biezacy-nr-512013-z-dnia-2-pazdziernika-2013-r-zawarcie-znaczej-umowy-kredytowej/) znajduje się informacja o umowie kredytowej z BNP Paribas Polska S.A., w której ustalono limit kredytowy do kwoty 30 mln zł. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący dołączył wydruk ze stron internetowych Qumak S.A. dotyczący zawarcia umowy kredytowej.

Odnosząc się do utajnienia przez Konsorcjum Qumak polisy OC Odwołujący stwierdził, że informacje o polisach OC Qumak S.A. można znaleźć w Internecie, w tym np. w Raporcie rocznym za 2012 r. na str. 29-30, publikowanym przez Qumak na stronach

internetowych: http://www.qumak.pl/wp-content/uploads/2014/OI/rr_sprawozdanie_z_dzialalnosci_2012.pdf Świadczy to o tym, że nie są to informacje, które mogą być zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż zostały już ujawnione do publicznej wiadomości. Również raporty za 2010 i 2011 rok zostały opublikowane w Internecie pod adresem: http://www.qumak.pl/rel_cat/raporty-roczne/. Odwołujący dołączył do odwołania stronę tytułową oraz str. 29-30 Raportu rocznego Qumak S.A. za 2012 r.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający nie ujawnił Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia zobowiązań podmiotów trzecich jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile takie do Zamawiającego wpłynęło, gdyż Zamawiający nie żądał wyjaśnień w tym zakresie. W ocenie Odwołującego, takie zaniechanie jest błędem, gdyż nie można przyjmować automatycznie, że wszystkie zobowiązania podmiotów trzecich są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Podnosząc zarzut nieuzasadnionego utajnienia w ofercie Konsorcjum Qumak wykazu oferowanych materiałów, wyrobów lub urządzeń Odwołujący wskazał na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2012 r., w którym stwierdzono, iż „Informacja techniczna obejmuje całokształt wiadomości dotyczących urządzeń eksploatowanych przez przedsiębiorcę, związanych z cyklem produkcyjnym, natomiast informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy sposobów wytwarzania formuł chemicznych, wzorów i metod działania.” (sygn. akt II SA/Wa 128/12). Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Qumak przez wymienienie w Załączniku 12 zestawienia urządzeń i materiałów nie ujawnia sposobów ich produkcji albo też innych technicznych szczegółów urządzeń. Zamawiający nie wymagał takich informacji, a ponadto nie jest to *know-how* Konsorcjum Qumak, lecz producentów tych urządzeń. Samo ich zestawienie nie jest więc tajemnicą przedsiębiorstwa, zwłaszcza że Zamawiający podał przykładowe urządzenia z nazwy. Fakt, czy Konsorcjum Qumak zaoferowało urządzenia wymienione w wykazie, czy też równoważne ma jedynie znaczenie dla oceny, czy oferta Konsorcjum Qumak odpowiada treści siwz, co nie powinno być informacją prawnie chronioną w jawnych co do zasady zamówieniach publicznych.

W zakresie wyjaśnień do oferty odnośnie przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa polisy OC, zaświadczenia z banku oraz wykazu oferowanych materiałów, wyrobów lub urządzeń przekazanych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2014 r. Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia te prawdopodobnie również zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż nie zostały one udostępnione Odwołującemu. Zdaniem Odwołującego, jest to naruszenie zasady jawności postępowania, gdyż o ile dokumenty składane w ofercie mogą być zastrzegane jako tajemnica, oczywiście jeśli spełniają przesłanki tajemnicy, to wyjaśnienia zastrzeżenia

tajemnicy powinny być absolutnie jawne, gdyż same w sobie informacji stanowiących tajemnicę nie zawierają. Zastrzeżenie ich jeszcze bardziej utrudnia uczciwą konkurencję i niejako społeczną kontrolę prawidłowości działań Zamawiającego, niż zastrzeżenie poszczególnych elementów oferty jako tajemnicy.

Odnosząc się do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części wezwania Zamawiającego z dnia 21 stycznia 2014 r. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz treści uzupełnienia dokumentów i/lub oświadczeń w odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący stwierdził, że wezwanie do uzupełnienia nie powinno zostać zastrzeżone jako tajemnica, a przynajmniej nie w takim zakresie, jak to uczynił Zamawiający. W kopii wezwania udostępnionego Odwołującemu zakryto punkty nr 1 i 2 wraz z tytułami (czego można się domyślić w związku z tym, że jawny jest pkt 3 „Uzupełnienia wymaga bilans” i pkt 4 „Uzupełnienia wymaga aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego”). Zdaniem Odwołującego, nie zawiera informacji technicznych, technologicznych lub organizacyjnych o wartości gospodarczej informacja o fakcie, w którym dokumencie nastąpiły braki. Również treść wezwania powinna być udostępniona, z ewentualnym zasłonięciem danych osobowych, nazw kontrahentów lub innych elementów posiadających walor tajemnicy. Odpowiedź na to wezwanie także nie została udostępniona Odwołującemu w zakresie, w jakim dotyczyła zastrzeżonych dokumentów i/lub oświadczeń. Odwołujący nie może nawet skontrolować, czy są to dokumenty (oświadczenia) zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż nie wie, jakiego rodzaju są to dokumenty, ani czego dotyczą. W ocenie Odwołującego, jest to zbyt daleko idąca „ochrona” tajemnicy, naruszająca zasady jawności postępowania oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł również, iż Konsorcjum Qumak nie wykazało spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał, iż na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 5.1.2)c) siwz Konsorcjum Qumak wykazało się realizacją projektu pn. „Zintegrowany System Zarządzania Ruchem TRISTAR” na rzecz Miasta Gdyni (poz. 1 jawnej części wykazu). Odwołujący stwierdził, że projekt ten nie obejmował systemów audiowizualnych w zakresie niezbędnym do wypełnienia warunku, w szczególności jeśli chodzi o ścianę graficzną składającą się z min. 15 ekranów bezszwowych, co wynika z załączonych przez Konsorcjum Qumak protokołów odbioru.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, Konsorcjum Qumak nie załączyło dla tej pozycji wykazu dowodów wskazujących na należyte wykonanie dostaw i usług - załączono jedynie protokoły odbioru, z których nie wynika należyte wykonanie, a wręcz coś przeciwnego -

występowanie wad i usterek. Dotyczy to zarówno protokołów z dnia 26 czerwca 2013 r., jak i protokołu technicznego z usunięcia usterek z dnia 12 lipca 2013 r. Ten ostatni protokół, wbrew intencjom Konsorcjum Qumak, nie potwierdza należytego wykonania usług i dostaw, bowiem nadal istniały braki w dokumentacji powykonawczej systemu wizyjnego, co wprost zapisano w protokole usunięcia usterek.

Jak zauważył Odwołujący, na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5.1.2)d) siwz Konsorcjum Qumak wykazało się realizacją systemu audiowizualnego w budynku Stałego Przedstawicielstwa RP przy UE w Brukseli, na rzecz Ministerstwa Spraw Zagranicznych (poz. 2 jawnej części wykazu). Zdaniem Odwołującego, system ten nie zawierał oprogramowania do zarządzania treścią, co potwierdza, jak zauważył Odwołujący, sama referencja.

Odwołujący zakwestionował również dokument „List referencyjny” jako niewiarygodny, gdyż nie posiada on daty wystawienia oraz nie wiadomo, kto go podpisał. Podpis jest nieczytelny, brak również pieczętki imiennej lub innego wskazania osoby podpisującej dokument.

Stawiając zarzut, iż Konsorcjum Qumak nie wykazało spełniania warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej wykonawcy Odwołujący zwrócił uwagę, że na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 5.1.5)d) siwz Konsorcjum Qumak złożyło dokumenty za lata 2010, 2011 i 2012. Pismem z dnia 21 stycznia 2014 r. Konsorcjum Qumak zostało wezwane do złożenia dokumentów finansowych za 2013 r. W odpowiedzi Konsorcjum Qumak złożyło sprawozdanie finansowe tylko za trzy kwartały roku 2013. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Qumak nie wykonało właściwie zobowiązania nałożonego na nie wezwaniem Zamawiającego. Wyniki finansowe za ostatni kwartał 2013 r. mogą spowodować, że wykonawca nie osiągnie wskaźnika płynności finansowej na żądanym poziomie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A. i Maciej Lubocki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M..... L..... Multimedia Art & Education, jak również wezwań Zamawiającego skierowanych do tych wykonawcy i odpowiedzi na nie,
- dokonania powtórnej oceny ofert,
- wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A. i M..... L..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą

M..... L..... Multimedia Art & Education i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące zaniechania Zamawiającego polegającego na nieodtajnieniu zastrzeżonych w ofercie Konsorcjum Qumak informacji, jak też korespondencji prowadzonej w toku badania i oceny ofert, a ponadto podnosi zarzuty dotyczące prawidłowości badania oferty Konsorcjum Qumak. W ocenie Izby, powyższe wskazuje na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba za podniesione w terminie uznała zarzuty dotyczące zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum Qumak. Fakt udostępnienia Odwołującemu w dniu 21 lutego 2014 r. oferty Konsorcjum Qumak bez zastrzeżonych części tej oferty nie może stanowić podstawy do rozpoczęcia biegu terminu na złożenie odwołania, ponieważ Zamawiający w sposób wyraźny nie potwierdził Odwołującemu, że procedura weryfikacji zastrzeżonej części oferty została zakończona. Potwierdzeniem tego jest okoliczność, iż po udostępnieniu Odwołującemu w dniu 21 lutego 2014 r. oferty Konsorcjum Qumak Zamawiający prowadził procedurę wyjaśniania i uzupełniania oferty. Podkreślić należy, że w przepisach ustawy nie został określony termin na dokonanie czynności przez zamawiającego polegającej na weryfikacji ofert pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z reguły odbywa się to w toku badania i oceny ofert, zatem decyzję co do zasadności dokonanych przez wykonawców zastrzeżeń zamawiający może podjąć do momentu zakończenia tych czynności.

Izba zważyła, że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania ustanowionej art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje na zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzega, że nie mogą być one udostępniane. Informacje, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

to zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) 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. Wskazówki co do interpretacji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa można znaleźć w orzeczeniach Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r. (sygn. akt V CSK 444/06) oraz z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00) . Jak zauważył Sąd Najwyższy, informacje nie ujawnione do wiadomości publicznej to wiadomości nieznanе ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane ich posiadaniem. Taka informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Informacja nieujawniona traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca dowiedzieć się o niej może zwykłą i dozwoloną drogą, natomiast nie zmienia jej statusu fakt, iż jest znana pewnej ograniczonej grupie osób zobowiązanych do dyskrecji w sprawie. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Do badania zasadności zastrzeżenia informacji zobowiązany jest zamawiający. W przypadku stwierdzenia, że zastrzeżenie tajności jest bezpodstawne zamawiający ma obowiązek odtajnić dokumenty i udostępnić jako informacje jawne. Taki pogląd wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy Izba stwierdziła, że Zamawiający dochował należytej staranności zwracając się w dniu 14 stycznia 2014 r. do Konsorcjum Qumak o uzasadnienie poczynionych przez nie zastrzeżeń. Uchybienia nie stanowi zwrócenie się o uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa polisy OC, informacji banku oraz wykazu oferowanych materiałów, wyrobów lub urządzeń, bowiem uzasadnienie zastrzeżenia pozostałych dokumentów znalazło się w niejawną części oferty. Zamawiający wyjaśnił zatem zarówno charakter zastrzeżonych informacji, jak i uzyskał wiedzę czy Konsorcjum Qumak podjęło starania w celu zachowania poufności przekazanych informacji. Tym samym, uprawnione było zaniechanie Zamawiającego wezwania Konsorcjum Qumak do kolejnych wyjaśnień w tym przedmiocie.

W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, iż ustalenia Zamawiającego co do zasadności dokonanych przez Konsorcjum Qumak zastrzeżeń dokumentów jako niejawnе zasługują na aprobatę w zakresie wskazanym poniżej.

Izba uznała, że informacje zawarte w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia mają dla wykonawcy istotne znaczenie gospodarcze. Ujawnienie takich informacji jak dane osobowe, wykształcenie, doświadczenie czy zdobyte uprawnienia, a także forma współpracy z wykonawcą, mogą ułatwić dotarcie konkurencji do poszczególnych osób, a w konsekwencji nawet wpłynąć na pozycję wykonawcy na rynku.

Za posiadające wartość gospodarczą Izba uznała również informacje zawarte w informacji banku złożonej w części niejawnej oferty Konsorcjum Qumak, bowiem zawarte zostały w niej szczegółowe dane co do np. kwot posiadanych na koncie środków czy możliwości kredytowych wykonawcy.

Podobnie, w złożonej przez Konsorcjum Qumak polisie OC zawarte zostały takie dane, jak wysokość sumy ubezpieczenia, wysokość składki, które stanowią istotne informacje o wykonawcy o charakterze gospodarczym. Wobec tego, za zasadne Izba uznała zastrzeżenie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby nieujawnione do wiadomości publicznej informacje o kontrahentach przedsiębiorcy, dane dotyczące podpisanych umów i kwot z nich wynikających, które to informacje zawiera wykaz wykonanych usług i dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane te niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji podmiotu na rynku konkurencyjnym. Wiedza, którą uzyskałby Odwołujący po zapoznaniu się w ww. dokumentami pozwalałaby na prześledzenie aktywności gospodarczej wykonawcy, odbiorców jego działalności, jak też partnerów handlowych. Izba wyraża opinię, iż dane te podlegają ochronie i nie mogą być, w przypadku ich zastrzeżenia przez wykonawcę, udostępnione do wiadomości publicznej.

Izba stwierdziła też, że wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, warunki zawartych porozumień, które wynikają z zobowiązań podmiotów trzecich posiadają wartość gospodarczą. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy.

Względem wykazu oferowanych materiałów, wyrobów lub urządzeń Izba uznała dopuszczalność dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaproponowanie przez wyspecjalizowany zespół zestawu urządzeń stanowi autorskie rozwiązanie dedykowane Zamawiającemu i jako takie stanowi dla wykonawcy niewątpliwie wartość gospodarczą. Zauważyć należy, że Zamawiający w treści specyfikacji podał z nazwy przykładowe urządzenia, dopuścił jednak rozwiązania równoważne, zatem dobór konfiguracji sprzętowej może zostać zrealizowany na wiele sposobów. Tym samym, unikalność

proponowanego rozwiązania, jak też brak jego ujawnienia do wiadomości publicznej powodują, że może on stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba w tym zakresie wskazuje na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. akt: V CSK 444/2006, zgodnie z którym fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności. Sąd Najwyższy uznał zatem, że ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne elementy tego zbioru (tzn. pojedyncze informacje) są podane do wiadomości publicznej.

Za skutecznie zastrzeżoną Izba uznała odpowiedź Konsorcjum Qumak na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Zastrzeżona część ww. odpowiedzi odnosi się w sposób nie budzący wątpliwości do niejawniej części oferty, a dodatkowo stanowi uzupełnienie dokumentów, które zasługują na ochronę z uwagi na argumentację już wcześniej przez Izbę przedstawioną.

Za nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała natomiast wyjaśnienia Konsorcjum Qumak z dnia 16 stycznia 2014 r. oraz treść pkt 1 i 2 wezwania do uzupełnienia dokumentów wystosowanego przez Zamawiającego do Konsorcjum Qumak w dniu 21 stycznia 2014 r. Zawarte w ww. wyjaśnieniach informacje stanowią jedynie uzasadnienie utajnienia poszczególnych danych nie przedstawiając ich treści. Z kolei wezwanie do uzupełnienia dokumentów w pkt 1 i 2 stanowi w zasadniczej mierze powtórzenie treści postawionych przez Zamawiającego w specyfikacji warunków, zatem również nie może być uznane za skutecznie chronioną tajemnicę, za wyjątkiem podanych danych osobowych. Izba nie nakazała jednak Zamawiającemu uznania zastrzeżenia ww. informacji za bezskuteczne, gdyż naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania z powodu braku potwierdzenia się pozostałych zarzutów.

Izba nie uwzględniła zarzutów Odwołującego dotyczących wykazania spełnienia przez Konsorcjum Qumak warunku wiedzy i doświadczenia. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który stwierdził, iż ani specyfikacja ani przepisy prawa nie zawierają definicji systemu audiowizualnego i systemu zarządzania treścią, powinny one być zatem definiowane w odniesieniu do treści specyfikacji, która nie precyzuje szczegółowych wymagań w tym zakresie. Izba zważyła też, że przy ocenie spełnienia tego warunku należy brać przede wszystkim pod uwagę oświadczenie wykonawcy złożone w wykazie dostaw i usług, które w przedmiotowej sprawie potwierdza spełnianie warunku.

W ocenie Izby, w odniesieniu do pierwszej pozycji wykazu, o wypełnieniu przesłanki „audio” świadczy chociażby okoliczność, iż system ten posiada funkcje alarmu akustycznego, co potwierdza Specyfikacja Techniczna Systemu Zarządzania Ruchem oraz

widoczne na zdjęciach złożonych przez Konsorcjum Qumak głośniki. W ocenie Izby, spór w tym przedmiocie wynika z różnicy pomiędzy przyjętymi sposobami rozumienia pojęcia „audiowizualny”, jednak jak już wskazano powyżej, wobec nie zdefiniowania tego pojęcia przez Zamawiającego i braku legalnej definicji nie można wywodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. Z uwagi na tę różnicę w przyjętych definicjach Izba za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tego zarzutu uznała pismo Sprint S.A. z dnia 24 lutego 2014 r.

Izba uznała też, że Protokół Odbioru Technicznego z Usunięcia Usterek z dnia 12 lipca 2014 r. potwierdza należyte wykonanie systemu TRISTAR. Braki wskazane w tym protokole stanowią przytoczenie treści z protokołu z czerwca 2014 r., co jednoznacznie wynika z treści protokołu.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu, iż wykazany w pozycji 2 jawnej części wykazu złożonego przez Konsorcjum Qumak system nie zawierał oprogramowania do zarządzania treścią. Odwołujący podnosząc ten zarzut w odwołaniu uzasadniał go jedynie treścią referencji. Tymczasem zgodnie z poglądem utrwalonym w orzecznictwie, referencja nie musi wskazywać wszystkich elementów zrealizowanego zadania. Istotne jest oświadczenie wykonawcy złożone w wykazie.

Izba nie znajduje też podstaw do kwestionowania referencji złożonych przez Konsorcjum Qumak. O niewiarygodności tego dokumentu nie może świadczyć brak daty czy pieczętki, a tylko to zostało przez Odwołującego zakwestionowane. Pod przedmiotowym dokumentem znajduje się podpis składający się z pierwszej litery imienia i pełnego nazwiska. Brak ww. elementów nie może prowadzić do konstatacji, że wykonawca nie złożył dokumentu potwierdzającego wykonanie zadania.

Izba nie uwzględniła też zarzutu dotyczącego nie wykazania przez Konsorcjum Qumak spełniania warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej. Izba zgodziła się z Zamawiającym i Konsorcjum Qumak, że nie można interpretować treści postawionego warunku w oderwaniu od przepisów o rachunkowości. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, Konsorcjum Qumak nie miało obowiązku sporządzenia sprawozdania finansowego za 2013 r. w terminie na składanie ofert, zatem złożone przez Konsorcjum Qumak dokumenty na potwierdzenie spełniania tego warunku należy uznać za wystarczające. Potwierdzeniem powyższego jest również okoliczność, iż Odwołujący złożył analogiczne dokumenty w swojej ofercie.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy nie miało wpływu na wynik postępowania, zatem odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła wniosek zamawiającego o przyznanie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 PLN, oraz kosztów noclegu i dojazdu, zgodnie z przedłożonymi rachunkami i spisem kosztów.

Przewodniczący: