

Sygn. akt: KIO 1195/11

WYROK
z dnia 21 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Paweł Trojan
Członkowie:	Agnieszka Trojanowska
	Renata Tubisz
Protokolant:	Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06.06.2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa oraz Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Ministerstwo Sprawiedliwości, Aleje Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa transmisji danych” (znak BDG-II-3710-33/11),

przy udziale wykonawcy **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawcy **GTS Poland Spółka z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** oraz **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** oraz **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** oraz **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** na rzecz **Ministerstwa Sprawiedliwości, Aleje Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 21 czerwca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1195/11

Zamawiający – Ministerstwo Sprawiedliwości prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa transmisji danych” (znak BDG-II-3710-33/11).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **15.04.2011 r.** Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu **20.04.2011 r.** ogłoszenia o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2011/S 77-126623.

W dniu **26.05.2011 r.** miała miejsce czynność otwarcia ofert.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **06.06.2011 r.** Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 8 ust 3 w zw. z art. 96 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia treści oferty złożonej przez GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa

2) oraz wszelkich innych przepisów jakie wynikają z treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) ujawnienia treści oferty złożonej przez GTS Poland S.A.

bądź

2) w przypadku uznania, któregokolwiek zastrzeżonych dokumentów za tajemnicę przedsiębiorstwa, wniósł o ujawnienie ich treści w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył interes prawny Odwołującego w niniejszym postępowaniu, ponieważ zaniechanie odtajnienia oferty GTS Poland S.A. przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu realizację podstawowego uprawnienia wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest prawo do kontroli prawidłowości czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Podniósł, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2010 r. KIO/UZP 6/10 zostało wskazane, że: „naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem”, a tym samym w świetle orzecznictwa naruszenie zasady jawności skutkuje naruszeniem interesu w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp i może stanowić podstawę do

skorzystania przez wykonawcę z przysługujących mu w tym zakresie środków ochrony prawnej.

Odwołujący wskazał, iż wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 26 maja 2011 r., tj. w dniu otwarcia ofert.

W uzasadnieniu zostało wskazane, iż w dniu 26 maja 2011 r. Zamawiający otworzył złożone w niniejszym postępowaniu oferty. Jednym z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jest firma GTS Poland S.A. Jak wynika z formularza ofertowego GTS Poland S.A. wykonawca ten za tajemnicę przedsiębiorstwa uznał:

1. wykaz wykonanych usług;
2. referencje;
3. zobowiązanie innego podmiotu.

Odwołujący podniósł, iż 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. W świetle tego przepisu nieujawnione do informacji publicznej mogą być wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z 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. Zdaniem Odwołującego aby zatem określona informacja uzyskała status tajemnicy przedsiębiorstwa musi spełniać łącznie trzy warunki:

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

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie w sytuacji, gdy spełnia łącznie powyższe wskazane przesłanki oraz jeśli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert złoży oświadczenie o jej zastrzeżeniu. Sferą tajemnicy można tym samym objąć tylko takie informacje, które są znane jedynie poszczególnym osobom lub określonej grupie osób. Obszar ten nie może się rozciągać na informacje powszechnie znane lub te, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. W szczególności nie można objąć tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które raz już ujawniono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (czyli zostały ujawnione do wiadomości publicznej).

Odwołujący podniósł, że w Rozdziale V SIWZ Zamawiający postanowił, iż uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w przypadku, gdy wykonawca

wykaże, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) wykonał (świadczył, zrealizował) usługi transmisji danych dla co najmniej 2 (dwóch) różnych infrastruktur sieciowych IP VPN każda dla co najmniej 200 lokalizacji w okresie nie krótszym niż 12 miesięcy, tj. w okresie co najmniej 12 miesięcy,

lub

b) aktualnie wykonuje (świadczy, realizuje) usługi transmisji danych dla co najmniej 2 (dwóch) różnych infrastruktur sieciowych IP VPN każda dla co najmniej 200 lokalizacji od co najmniej 12 miesięcy,

lub

c) wykonał (świadczył, zrealizował) usługi transmisji danych dla co najmniej 1 (jednej) infrastruktury sieciowej IP VPN dla co najmniej 200 lokalizacji w okresie nie krótszym niż 12 miesięcy, tj. w okresie co najmniej 12 miesięcy i aktualnie wykonuje (świadczy, realizuje) usługi transmisji danych dla co najmniej 1 (jednej), różnej od wyżej wymienionej, infrastruktury sieciowej IP VPN dla co najmniej 200 lokalizacji od co najmniej 12 miesięcy.

W celu wykazania (potwierdzenia) spełniania przez wykonawcę opisanego przez Zamawiającego w Rozdziale V pkt 1 pkt 2) warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą następujących dokumentów, tj. podpisanego przez Wykonawcę - oryginał lub kopia dokumentu poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę - wypełnionego wykazu wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (załącznik nr 6 do SIWZ), zawierającego co najmniej:

a) opis przedmiotu wykonanej usługi, poprzez podanie informacji dotyczącej wykonanej usługi, np. poprzez użycie określenia, sformułowania: „usługa świadczenia usług transmisji danych w oparciu o zestawioną i uruchomioną infrastrukturę sieciową IP VPN”;

b) liczbę lokalizacji zestawionych i uruchomionych na infrastrukturze sieciowej IP VPN w ramach usługi transmisji danych;

c) odbiorcę wykonanej usługi transmisji danych, ze wskazaniem co najmniej nazwy;

d) datę [(dzień, miesiąc, rok) wykonania (świadczenia) usługi transmisji danych, tj. datę rozpoczęcia wykonania (świadczenia) usługi transmisji danych i datę zakończenia wykonania (świadczenia) usługi transmisji danych albo okres wykonywania (świadczenia) usługi transmisji danych (np. w miesiącach) i datę zakończenia wykonywania (świadczenia) usługi transmisji danych lub określenie, że np. „usługa trwa dalej”, „usługa trwa nadal” „usługa trwa do chwili obecnej”].

Zdaniem Odwołującego za niedopuszczalne i niezgodne z przepisem art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji uznać należy w niniejszym postępowaniu

możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu. Zakres usługi jakim wykonawca ma się wykazać na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia odpowiada pracom realizowanym do tej pory co do zasady wyłącznie na rzecz podmiotów publicznych. Umowy zawierane z podmiotami publicznymi mogą być udostępnione w trybie dostępu do informacji publicznej, a tym samym brak jest podstaw do uznania, że mogą one stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto, w ocenie Odwołującego, nawet w przypadku stwierdzenia, że w wykazie wykonawca wskazał zamówienia realizowane nie na rzecz podmiotów publicznych to i tak okoliczność taka nie stanowi automatycznie podstawy do objęcia tych danych tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (tak: wyrok KIO/UZP 371/10).

W dalszej części odwołania zostało wskazane, że wraz z wykazem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V ust 1 pkt 2 SIWZ należało złożyć dokument potwierdzający, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie (np. referencja lub podpisany bez zastrzeżeń protokół odbioru, itp.) W jawnej części oferty GTS Poland S.A. nie ma takiego dokumentu, a który w ocenie Odwołującego również nie może zostać uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 528/10 wskazała, że „co do zasady informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, dat rozpoczęcia i zakończenia usługi a także odbiorca usługi, wykaz usług czy referencja załączona do oferty nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Aby powyższe okoliczności zostały przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa powinny zostać przez niego w sposób dostateczny uzasadnione.” Odwołujący wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz poglądami prezentowanymi w orzecznictwie dokument referencyjny może w swej treści zawierać wyłącznie potwierdzenie jakości zrealizowanego zamówienia. Tym samym, zadaniem Odwołującego, trudno zatem uznać, że istnieje jakakolwiek możliwość uzasadnienia dla ewentualnej zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentu z którego będzie wynikało, że zamówienie wskazane w wykazie zostało zrealizowane z należyłą starannością.

Ponadto Odwołujący uznał, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa nie może zostać uznane zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia doświadczenia.

Po pierwsze, w ocenie Odwołującego, w sytuacji uznania oferty GTS Poland S.A. za najkorzystniejszą firma udostępniająca doświadczenie będzie miała obowiązek uczestniczyć w realizacji zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 26 ust 2b ustawy Pzp dopuszczalne jest powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na doświadczenie innego podmiotu. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że odwołanie się

przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Powołując się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich należy skonstatować, iż powołanie w się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje jest dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Należy mieć bowiem na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu (tak wskazano w opiniach UZP <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/paQe/7D;656>). Jak zostało wskazane w uzasadnieniu, tym samym co najmniej informacje zawierające dane tego podmiotu będą jawne na etapie realizacji umowy, a zatem zostaną wtedy ujawnione do informacji publicznej. Zastrzeżenie informacji z danymi podmiotu udostępniającego doświadczenie, w ocenie Odwołującego, należy uznać za bezskuteczne i mające na celu wyłącznie utrudnienie zapoznania z treścią oferty tego wykonawcy innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, a nie ochronę tych danych ze względu, iż miałyby one stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wskazał Odwołujący - po drugie zakres zobowiązania podmiotu udostępniającego jaki musi wynikać z treści oferty wykonawcy wynika z brzmienia art. 26 ust 2b ustawy Pzp. Odtajnienie przez Zamawiającego zakresu treści zobowiązania ma zatem istotne znaczenie dla oceny czy dany wykonawca faktycznie dysponuje doświadczeniem podmiotu udostępniającego.

Na zakończenie zostało w uzasadnieniu wskazane, że mając powyższe na uwadze oraz fakt, iż na Zamawiającym spoczywa obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu bądź nie oferty wykonawcy oraz, że Zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać, czy faktycznie zaistniały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący uznał, że Zamawiający powinien wystąpić do wykonawcy o wykazanie się dowodem spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przedstawienie dowodów w tym zakresie. W przypadku stwierdzenia, że tajemnicą objęte zostały informacje nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający ma obowiązek odtajnienia treści oferty GTS Poland S.A. stosownie do wskazań poczynionych przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05, gdzie podniesiono, że 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. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. (OSNC

2006/7-8/122, Biul. SN 2005/10/7, Wokanda 2005/12/6, Prok. i Pr. - wkł. 2006/4/58, M. Prawn. 2006/15/815).

W dniu 09.06.2011 r. do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania skutecznie po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Netia S.A. wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości.

W dniu 10.06.2011 r. do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca GTS Poland Spółka z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na uznaniu, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. zostały zastrzeżone skutecznie i nie podlegają ujawnieniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o., korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Izba ustaliła ponadto, iż oferta Przystępującego wykonawcy, tj. GTS Poland Spółka z o.o. jest ofertą z najniższą ceną. Należy wskazać, iż brak możliwości zweryfikowania informacji potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez konkurencyjnego wykonawcę i tym samym brak możliwości oceny oferty złożonej przez tego wykonawcę może pozbawić Odwołującego prawa oceny przyszłych czynności Zamawiającego podjętych w odniesieniu do oferty konkurencyjnej, w tym w szczególności w zakresie późniejszego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zastrzeżenie przez Przystępującego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i respektowanie tego zastrzeżenia przez Zamawiającego niesie za sobą daleko idące konsekwencje, w tym możliwość pozbawienia Odwołującego możliwości weryfikacji poprawności czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania. Kierując się zasadą jawności postępowania i tym samym prawem każdego wykonawcy do złożenia wniosku o udostępnienie dokumentacji postępowania należy wskazać, iż Odwołujący posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej, gdyż odmowa dostępu, tj. respektowanie przez Zamawiającego zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa uniemożliwia weryfikację oferty konkurencyjnej.

W tym zakresie Izba w niniejszym składzie podzieliła wyrażony przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania pogląd, że w świetle orzecznictwa naruszenie zasady jawności skutkuje naruszeniem interesu w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp i może stanowić podstawę do skorzystania przez wykonawcę z przysługujących mu w tym zakresie środków ochrony prawnej, jak również podzieliła argument podniesiony w przywołanym przez Odwołującego orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2010 r. KIO/UZP 6/10, gdzie zostało wskazane, że: „naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem”.

Za zasadniczy dowód Izba uznała treść zastrzeżonych przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. w ofercie dokumentów (wykaz usług, referencje oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego), jak również złożone w toku postępowania wyjaśnienia ww. wykonawcy w zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (pisma z dnia 08.06.2011 r. oraz 17.06.2011 r.).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp wskutek zaniechania odtajnienia treści oferty wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż wykonawca GTS Poland Spółka z o.o. w złożonej przez siebie ofercie na str. 3 formularza ofertowego w pkt 2 zawierającym wykaz załączników do oferty w lit. i) (wykaz wykonanych usług – str. 24), lit. j) (referencje – str. 26) oraz lit. k) (zobowiązanie innego podmiotu – str. 29) zastrzegł, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 01.06.2011 r. oraz pismem z dnia 15.06.2011 r. wezwał wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ustalono ponadto, iż wykonawca GTS Poland Spółka z o.o. w odpowiedzi na powyższe pismo złożył wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 08.06.2011 r., ich uzupełnienie zawarte w piśmie z dnia 17.06.2011 r., jak również dodatkowe wyjaśnienia zawarte w kolejnym piśmie z dnia 17.06.2011 r. Wyjaśnienia powyższe zawierają uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu wykonanych usług, referencji oraz zobowiązania innego podmiotu.

Izba w niniejszy składzie wskazuje, iż Zamawiający winien respektować zastrzeżenie przez wykonawcę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś w przypadku powzięcia uzasadnionych wątpliwości, co do zasadności takiego zastrzeżenia lub jego kwestionowania przez innego uczestnika postępowania powinien wszcząć w tym zakresie postępowanie wyjaśniające. Wynika to z faktu, iż nieujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, musi być interpretowana ściśle i tym samym podlegać kontroli, w tym kontroli za pomocą środków ochrony prawnej. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady jawne i z dokumentacji postępowania, w tym ze złożonych przez wykonawców ofert, winno wynikać, jakie czynności zostały podjęte w toku postępowania i w oparciu o jakie informacje podmioty zamawiające podejmują poszczególne decyzje.

Wobec powyższego Zamawiający jest zobowiązany do samodzielnej oceny, czy spełnione zostały określone w ustawie Pzp przesłanki uprawniające do ograniczenia jawności postępowania, zaś w przypadku gdy ograniczenia jawności jest wynikiem zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zobligowany jest do ustalenia, czy spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o

zwalczeniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Należy wskazać, iż to łączne spełnienie przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 ww. ustawy przesądza o możliwości uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, co z kolei uprawnia do odstąpienia w ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego od generalnej zasady jaką jest zasada jawności postępowania.

O łącznym spełnieniu przesłanek wyrażonych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi w uzasadnieniu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. o sygn. akt I CKN 304/00 (OSNC 2001 r., Nr 4, poz. 5).

Izba ustaliła, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający swoją decyzję o uznaniu skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa poprzedził dwuetapowym postępowaniem wyjaśniającym. W wyniku tegoż postępowania Zamawiający uznał, iż spełnione zostały przesłanki wyłączające zasadę jawności w odniesieniu do zastrzeżonych przez tego wykonawcę informacji.

Należy wskazać, iż w treści pisma procesowego z dnia 20.06.2011 r. wykonawca GTS Poland Spółka z o.o. potwierdził, że w treści oferty zostały utajnione dwa rodzaje informacji, tj. informacja o podmiocie udostępniającym swoje zasoby oraz doświadczenie zdobyte na rynku komercyjnym (a także wszelkie informacje mogące służyć do zdobycia wiedzy w tym zakresie).

W ocenie Izby charakter i rodzaj zastrzeżonych informacji oraz analiza złożonych przez Przystępującego wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. w toku postępowania wyjaśnień dotyczących informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa potwierdza poprawność działań Zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający, biorąc pod uwagę zakres zastrzeżonych informacji, jak również argumentację wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. słusznie uznał, iż doszło w niniejszym postępowaniu do skutecznego i zgodnego z prawem zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na powyższy fakt ma wpływ szereg czynników, które w ocenie Izby wskazują, iż zostały wypełnione łącznie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

W ocenie Izby aby doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy dokonać analizy rodzaju zastrzeżonych informacji i ustalić, czy informacje te spełniają kryteria określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto w odniesieniu do powyższego przepisu należy ustalić, jakie działania zostały podjęte przez

przedsiębiorcę celem ochrony tychże informacji, jak również czy informacje te nie stanowią informacji ujawnionych do wiadomości publicznej.

Definicja „tajemnicy przedsiębiorstwa” zawarta w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji obliguje do zbadania kwestii skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do następujących kwestii:

- czy informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zostały dotychczas ujawnione do wiadomości publicznej;
- czy są to informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
- czy są to informacje co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Tym samym przedmiotem oceny są same informacje i ich charakter, jak również czynności przedsiębrane przez podmiot, który powołuje się na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustalenia zatem wymaga fakt, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które nie są znane ogółowi osób zainteresowanych, tj. osób które ze względu na swój ekonomiczny i partykularny interes wynikający z faktu prowadzenia działalności gospodarczej posiadają wolę uzyskania takich informacji.

1. Po pierwsze, odnosząc się do kwestii publicznej jawności tychże informacji, należy wskazać, iż Odwołujący nie wykazał, aby informacje dotyczące wszystkich kooperantów, kontrahentów oraz podmiotów współpracujących z wykonawcą GTS Poland Spółka z o.o. miały charakter jawny i były podane do publicznej wiadomości. Sam Odwołujący nie wykazał w toku postępowania, iż posiada cząstkową lub pełną wiedzę na temat podmiotów, z którymi współpracuje wykonawca GTS Poland Spółka z o.o. Nie wykazał również, iż posiada wiedzę na temat podmiotów na rzecz których wykonawca ten świadczy swoje usługi. Biorąc pod uwagę fakt, iż ciężar udowodnienia faktów spoczywa na stronie, która z faktów tych wyciąga dla siebie korzystne skutki prawne, którymi w tym wypadku jest wyeliminowanie jednej z koniecznych przesłanek pozwalających na uznanie, iż mamy do czynienia ze skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, to brak wykazania takich okoliczności powoduje, iż nie sposób uznać, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. były dotychczas podane do wiadomości publicznej. Ten fakt Izba uznała za nieudowodniony.

W tym zakresie należy wskazać na orzeczenie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu w postaci wyroku z dnia 25 października 2006 r. o sygn. akt I ACa 947/06, który w uzasadnieniu powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. o sygn. akt I CKN

1159/00 wskazał, że; „Zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”. Analogicznie zostało wskazane w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2003 r. o sygn. akt I CKN 89/01, w który zostało wskazane, że: „Za takie informacje nie może być uznana wiedza, którą osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze”.

Skład orzekający Izby wskazuje ponadto, iż brak jest podstaw do uznania aby kontrakty zawarte w wykazie usług zastrzeżonym w ofercie wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. podlegały ujawnieniu w oparciu o przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.).

Tym samym Izba uznała, iż w odniesieniu do informacji zastrzeżonych przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. została wypełniona pierwsza z trzech przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Po drugie w niniejszym stanie faktycznym wykonawca GTS Poland Spółka z o.o. zastrzegł informacje dotyczące kontrahentów, z którymi współpracuje i na rzecz których świadczy swoje usługi. W tym zakresie należy wskazać, iż art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji posługuje się katalogiem otwartym i oprócz enumeratywnie wymienionych informacji o charakterze technicznym, technologicznym i organizacyjnym określa również inne informacje posiadające wartość handlową.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia wymaga, jakiego rodzaju informacje zostały przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. zastrzeżone w ofercie, tj. jaki charakter posiadają zastrzeżone informacje w kontekście wskazanej powyżej normy prawnej.

Izba w niniejszym składzie podzieliła stanowisko Przystępującego wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. oraz stanowisko Zamawiającego, poparte tezą wyrażoną w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 440/06), iż dane dotyczące prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności handlowej, w tym zawarte z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy (stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu) mogą przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Z przywołanego przez Zamawiającego oraz Przystępującego wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 440/06) wynika, że dane o podwykonawcach (kontrahentach) przedsiębiorcy zasługują na ochronę w świetle tajemnicy przedsiębiorstwa. Wynika to z faktu, jak zostało wskazane w uzasadnieniu powyższego wyroku „(...) że dane te podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem

niewątpliwie jest to informacja o charakterze organizacyjnym, świadcząca o potencjale i pozycji danego przedsiębiorcy (...).”

Nie ulega również wątpliwości, iż zastrzeżone przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. informacje mają wartość handlową i znaczenie gospodarcze. Jak słusznie wskazał Przystępujący GTS Poland Spółka z o.o. umożliwiają one, dzięki określonej kooperacji, skuteczne konkurowanie tego wykonawcy na rynku usług telekomunikacyjnych. Ponadto wskazał, iż umożliwiły one wykonawcy spełnienie warunków udziału w postępowaniu i zaoferowanie realizacji przedmiotu zamówienia za najniższą cenę. Oznacza to, że informacje te mają wartość handlową, co jednocześnie powoduje, iż wypełniona została kolejna z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe charakter zastrzeżonych przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. informacji (nazwy kontrahentów i kooperantów, jak również wszelkich informacji umożliwiających w sposób pośredni powzięcie wiadomości przez osoby trzecie o tychże informacjach) powoduje, iż została wypełniona przesłanka przedmiotowa określona w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nawet jeżeli nie sposób uznać, iż informacje te są informacjami organizacyjnymi to z pewnością są to inne informacje posiadające wartość handlową w rozumieniu powyższego przepisu.

W toku rozprawy Odwołujący podniósł, iż dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa oraz informacje nie mające takiego charakteru – zatem pozostałe informacje winny zostać ujawnione. Zdaniem Izby nie sposób zgodzić się z powyższą tezą. W tym zakresie należy podzielić argumentację wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. zaprezentowaną w piśmie procesowym z dnia 20.06.2011 r. oraz zbieżną z nią argumentację Zamawiającego zaprezentowaną w toku rozprawy, że ujawnienie nawet części informacji (wykazu wykonanych usług) może stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i poszczególnych elementów oferty.

Ponadto, w odniesieniu do argumentu Odwołującego, który wskazał, iż dane podmiotu udostępniającego swoje zasoby w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będą podlegały ujawnieniu, słusznie w tym zakresie wskazał w toku rozprawy Przystępujący GTS Poland Spółka z o.o. na art. 139 ust. 3 ustawy Pzp wskazując, iż umowy są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Jak wynika bowiem z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.) prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych.

Tym samym Izba uznała, iż charakter zastrzeżonych przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. informacji pozwala uznać, iż informacje te są informacjami, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

3. Po trzecie Izba wskazuje, iż złożone przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. wyjaśnienia wskazują jakie czynności zostały podjęte przez wykonawcę celem uniemożliwienia ujawnienia tychże informacji.

W tym zakresie przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa powinien wykazać się podjęciem stosownych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, jak również wskazać jakie to działania zostały przez niego podjęte celem zachowania nienaruszalności tychże informacji. Do takich działań można zaliczyć przykładowo: klauzule umowne, zawarte zobowiązania do ochrony informacji stanowiących tajemnicę innych podmiotów, wewnętrzne regulaminy.

Jak zostało to już podniesione w niniejszym uzasadnieniu, w odniesieniu do twierdzeń Odwołującego oraz podniesionej w toku rozprawy argumentacji wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o., zastrzeżone w ofercie tego wykonawcy informacje zawarte w wykazie usług, listach referencyjnych oraz zobowiązaniu złożonym w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie podlegają ujawnieniu w oparciu o ustawę z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.

Jak wynika z analizy dokumentacji postępowania wykonawca GTS Poland Spółka z o.o. zastrzegł w ofercie na str. 3 formularza ofertowego, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegają ujawnieniu, dokumenty zawierające powyższe informacje zostały złożone w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z ich treścią (załączone jako odrębna część oferty zabezpieczona kopertą). Ponadto wskazał również w toku postępowania o udzielenie zamówienia, że złożone wyjaśnienia w zakresie tychże informacji również nie podlegają ujawnieniu.

Przystępujący wykonawca GTS Poland Spółka z o.o. w złożonych wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 17.06.2011 r. w zakresie pierwszej pozycji wykazu (odnoszącej się do usługi świadczonej bezpośrednio przez GTS Poland Spółka z o.o. na rzecz innego podmiotu) powołał się na regulamin, w którym to dokumencie strony uzgodniły, iż wszelkie informacje uzyskane w trakcie negocjacji i wykonywania umowy będą traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa (...).

W złożonych wyjaśnieniach w zakresie drugiej pozycji (odnoszącej się do usług świadczonych przez podmiot udostępniający swoje zasoby) wykonawca GTS Poland Spółka z o.o. wskazał, iż zgodnie z zawartym innym porozumieniem jego strony zobowiązały się do

nie ujawniania jakiegokolwiek stronie trzeciej w określonym w tymże dokumencie okresie żadnych informacji zawartych w tym dokumencie, z zastrzeżeniem pewnych ściśle określonych wyjątków. Możliwość ujawnienia w określonych przypadkach zastrzeżonych informacji podmiotowi trzeciemu została jednakże obwarowana koniecznością zastrzeżenia podobnych zobowiązań do zachowania poufności.

W ocenie Izby dokumenty te, ze względu na ich charakter oraz strony, które uzgodniły ich treść stanowią jednocześnie działania w celu zachowania ich poufności, które można zakwalifikować jako podjęte przez przedsiębiorcę, który dokonał ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tym samym Izba uznała, iż w odniesieniu do informacji zastrzeżonych przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. została wypełniona ostatnia z trzech przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Zamawiający miał podstawy do uznania, że zastrzeżone przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, zarówno charakter zastrzeżonych informacji, przedsięwzięte przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. czynności, w tym treść złożonych wyjaśnień łącznie potwierdzają spełnienie wszystkich przesłanek uprawniających do stwierdzenia, iż zastrzeżonej informacji posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym Izba uznała w oparciu o ustalony stan faktyczny, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

