

Sygn. akt KIO 2079/10

WYROK
z dnia 8 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Robert Skrzyszewski
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 września 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Nokia Siemens Networks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pełnomocnik konsorcjum), 2. Alcatel-Lucent Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, adres dla pełnomocnika: ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Kapsch Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Surowieckiego 1, 02-785 Warszawa 2. Kapsch CarrierCom AG** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1) odtajnienie w ofertach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Kapsch Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Surowieckiego 1, 02-785 Warszawa 2. Kapsch CarrierCom AG oraz Huawei Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Warszawa, ul. Domaniewska 50 załącznika nr 5 – wykazu dostaw przeznaczonych do podwykonania,

2) odtajnienie w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Kapsch Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Surowieckiego 1, 02-785 Warszawa 2. Kapsch CarrierCom AG rozbiecia ceny ofertowej,

3) odtajnienie w ofertach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Kapsch Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Surowieckiego 1, 02-785 Warszawa 2. Kapsch CarrierCom AG oraz Huawei Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Warszawa, ul. Domaniewska 50 następujących informacji i dokumentów:

- opisów schematów i specyfikacji zgodnie z pkt 15.1 ppkt h specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), tj. informacji, których przedstawienia zamawiający wymagał zgodnie z zapisami w: pkt 2.9 ppkt 3, pkt 4.1 ppkt 5 i 7, pkt 4.1.1 ppkt 2, 3, 4, 7 i 8, pkt 4.1.10 ppkt 2, pkt 4.1.11 ppkt 1, pkt 4.1.14 ppkt 5, pkt 4.2 ppkt 3 i 4, pkt 4.2.1.4 ppkt 6, pkt 4.2.1.5 ppkt 5, pkt 4.7 ppkt 3, pkt 4.8 ppkt 4, pkt 7 ppkt 2, pkt 17.1 ppkt 1, 2, 3, 4, 8 i 9 Tomu III SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia),

- szczegółowe odniesienie się do wszystkich wymagań zawartych w Tomie III SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) na zasadzie „spełnia/nie spełnia”,

- model ruchowy przyjęty dla oszacowania docelowej sieci GSM-R zdefiniowanej w pkt 4.8 ppkt 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (pkt 15.1 ppkt n SIWZ),

4) odtajnienia w ofercie wykonawcy Huawei Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Warszawa, ul. Domaniewska 50 załącznika nr 4 – wykaz prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawcę wraz z dokumentami potwierdzającymi, iż zostały wykonane należycie,

5) odtajnienia w ofercie wykonawcy Huawei Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Warszawa, ul. Domaniewska 50 deklaracji weryfikacji zgodności,

6) odtajnienia w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Kapsch Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Surowieckiego 1, 02-785 Warszawa 2. Kapsch CarrierCom AG oraz Huawei Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Warszawa, ul. Domaniewska 50 schematu i opiów szkoleń,

7) odtajnienia w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Kapsch Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Surowieckiego 1, 02-785 Warszawa 2. Kapsch CarrierCom AG oraz Huawei Polska Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością, Warszawa, ul. Domaniewska 50 załącznika nr 8 – wzór zestawienia ilościowego i funkcjonalnego dostawy

za wyjątkiem informacji o patentach, znakach towarowych, o ile znajdują się w ofertach.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Kapsch Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Surowieckiego 1, 02-785 Warszawa 2. Kapsch CarrierCom AG i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Nokia Siemens Networks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pełnomocnik konsorcjum), 2. Alcatel-Lucent Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, adres dla pełnomocnika: ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** ((słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Kapsch Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Surowieckiego 1, 02-785 Warszawa 2. Kapsch CarrierCom AG** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Nokia Siemens Networks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pełnomocnik konsorcjum), 2. Alcatel-Lucent Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, adres dla pełnomocnika: ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Kapsch Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Surowieckiego 1, 02-785 Warszawa 2. Kapsch CarrierCom AG** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, ul. Targowa 74, 03-737 Warszawa – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę, wybudowanie i wdrożenie systemu GSM-R w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E 30, Etap II. Pilotażowe wdrożenie ERTMS/ETCS i ERTMS/GSM-R w Polsce na odcinku Legnica – Węglińiec – Bielawa Dolna”.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 24 września 2010 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Nokia Siemens Networks Sp. z o.o. oraz Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Domaniewska 39A (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie na zaniechania zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu polegające na nieodtajnieniu części ofert wykonawców występujących wspólnie Kapsch Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ul. Surowieckiego 1 oraz Kapsch CarrierCom AG z siedzibą w Wiedniu (konsorcjum Kapsch) oraz wykonawcy Huawei Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50 (Huawei) pomimo, że zastrzeżone przez nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 art. 96 ust.3 art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. Odtajnienia w ofertach Konsorcjum Kapsch i Huawei załącznika nr 5 - wykazu dostaw przeznaczonych do podwykonania
2. Odtajnienia w ofercie Konsorcjum Kapsch rozbicia ceny ofertowej
3. Odtajnienia w ofertach Konsorcjum Kapsch i Huawei następujących informacji i dokumentów:
 - opisów schematów i specyfikacji zgodnie z pkt. 15.1 ppkt h SIWZ tj wszelkich informacji (opisy, schematy, specyfikacje) których przedstawienia Zamawiający wymagał zgodnie z zapisami w: Pkt. 2.9. ppkt. 3, Pkt. 4.1. ppkt. 5 i 7, Pkt. 4.1.1. ppkt.2, 3, 4, 7 i 8, Pkt. 4.1.10. ppkt. 2, Pkt 4.1.11. ppkt. 1, Pkt. 4.1.14. ppkt 5, Pkt. 4.2. ppkt 3 i 4, Pkt., 4.2.1.4 ppkt 6, Pkt. 4.2.1.5. ppkt.5, Pkt. 4.7. ppkt.3, Pkt. 4.8. ppkt. 4, Pkt. 7 ppkt.2, Pkt. 17.1. ppkt. 1, 2, 3, 4, 8 i 9. Tomu III SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia),

- szczegółowe odniesienie się do wszystkich wymagań zawartych w Tomie III SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) na zasadzie „spełnia/nie spełnia”,
 - model ruchowy przyjęty dla oszacowania docelowej sieci GSM-R zdefiniowanej w pkt. 4.8 ppkt. 1 OPZ. (pkt. 15.1 ppkt n SIWZ)
4. Odtajnienia w ofercie Huawei załącznika nr 4 - wykaz prac czynności i zamówień wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat wraz z dokumentami potwierdzającymi, iż zostały wykonane należycie
 5. Odtajnienia w ofercie Huawei deklaracji weryfikacji zgodności
 6. Odtajnienia w ofercie Konsorcjum Kapsch i Huawei schematu i opisów szkoleń
 7. Odtajnienia w ofercie Konsorcjum Kapsch i Huawei Załącznika nr 8 - wzór zestawienia ilościowego i funkcjonalnego dostawy
za wyjątkiem informacji o patentach znakach towarowych lub innych informacji prawnie chronionych.

W ofercie Konsorcjum Kapsch zostały utajnione: załącznik nr 8 wzór zestawienia ilościowego i funkcjonalnego dostawy, rozbić ceny ofertowej, dokumentacja techniczna odniesienie do wymagań P2P response, wykaz dostaw przeznaczonych do podwykonania, oferta szkoleniowa, harmonogram realizacji.

W ofercie Huawei zostały utajnione załącznik nr 4 wykaz prac czynności i zamówień wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat wraz z dokumentami potwierdzającymi, iż zostały wykonane należycie, załącznik nr 8, wykaz prac i dostaw przeznaczonych do podwykonania, deklaracja weryfikacji zgodności, opisy i schematy wymagane przez Zamawiającego w pkt. 15.1 ppkt h SIWZ oraz schemat ruchowy wymagany przez zamawiającego w pkt. 15.1.ppkt n SIWZ

W ocenie odwołującego dokumenty zastrzeżone przez wykonawców Konsorcjum Kapsch i Huawei nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) zamawiający winien je odtajnić czego nie uczynił. Takie działanie zamawiającego w jaskrawy sposób narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Załącznik nr 8, utajniony przez obu wykonawców, w ocenie odwołującego się, poza informacjami dotyczącymi sposobu licencjonowania, nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawiera on wprawdzie informacje techniczne i technologiczne jednak nie są to informacje dostępne jedynie dla wąskiego grona osób. Jako przykład można wskazać choćby system teletransmisyjny, którego parametry należało podać w tabeli w Załączniku nr 8 do SIWZ, a informacje o nim znajdują się w dostępnych prospektach i

broszurach informacyjnych. Ponadto załącznik ten jako element oferty będzie stanowił załącznik do przyszłej umowy a ta zgodnie z dyspozycją art. 139 ust. 3 pzp podlega udostępnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Załącznikiem do umowy będzie również program szkolenia dlatego też jego utajnienie przez wykonawców jest nieprawidłowe a zaniechanie odtajnienia przez zamawiającego narusza obowiązujące przepisy.

Utajnione przez wykonawców Kapsch i Huawei dokumenty opisane w pkt. 15.1 ppkt h SIWZ tj wszelkie informacje (opisy, schematy, specyfikacje) których przedstawienia zamawiający wymagał zgodnie z zapisami w: pkt. 2.9. ppkt. 3, Pkt. 4.1. ppkt. 5 i 7, Pkt. 4.1.1. ppkt.2, 3, 4, 7 i 8, Pkt. 4.1.10. ppkt. 2, Pkt 4.1.11. ppkt. 1, Pkt. 4.1.14. ppkt 5, Pkt. 4.2. ppkt 3 i 4, Pkt., 4.2.1.4 ppkt 6, Pkt. 4.2.1.5. ppkt.5, Pkt. 4.7. ppkt.3, Pkt. 4.8. ppkt. 4, Pkt. 7 ppkt.2, Pkt. 17.1. ppkt. 1, 2, 3, 4, 8 i 9. Tomu III SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) oraz model ruchowy przyjęty dla oszacowania docelowej sieci GSM-R zdefiniowanej w pkt. 4.8 pdpkt. 1 OPZ. (pkt. 15.1 ppkt n SIWZ) w dniu 2 sierpnia 2010 r. poprzez dokonaną przez Zamawiającego modyfikację SIWZ otrzymały przymiot dokumentów przedmiotowych podobnie jak deklaracja weryfikacji zgodności. Dokumenty przedmiotowe winny potwierdzać spełnienie przez oferowane dostawy warunków postawionych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1) a skoro Krajowa Izba Odwoławcza nie uznaje (KIO/UZP 72/08. KIO/UZP 451/09) za tajemnicę przedsiębiorstwa posiadanych przez Wykonawcę certyfikatów ani wyników badań to tym bardziej nie mogą być za takowe uznane dokumenty wytworzone przez wykonawcę w oparciu o instrukcję zawartą w SIWZ. Z opisanych przyczyn powyższe dokumenty oraz deklaracja weryfikacji zgodności winny zostać przez zamawiającego odtajnione.

Wykaz prac i dostaw przeznaczonych do podwykonania nie stanowi, w ocenie odwołującego się, tajemnicy przedsiębiorstwa. Zawarte w nim informacje nie mają charakteru technicznego ani technologicznego ponadto nie sposób zachować je w poufności - stanowią element przyszłej umowy, która reguluje procedurę dotyczącą powierzenia podwykonawcy części Przedmiotu Umowy Tom II SIWZ Warunki Umowy §6). Procedurze tej nie został nadany przymiot tajności. Umowa ta i wszystkie załączniki do niej podlegają udostępnieniu w trybie przewidzianym w ustawie o dostępie do informacji publicznej dlatego też utajnienie informacji o zakresie podwykonawstwa nie jest uprawnione. Zamawiający winien zatem odtajnić załącznik nr 5 zarówno Konsorcjum Kapsch jak i wykonawcy Huawei.

Zastrzeżenie przez Huawei wykazu wykonanych dostaw (załącznik nr 4) również zostało dokonane niezgodnie z prawem podobnie jak zaniechanie ich odtajnienia przez zamawiającego.

Ponieważ dostawy zrealizowane na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczą transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnych nie jest możliwe by były to koleje prywatne, gdyż takowe, nawet jeśli w Europie funkcjonują, nie posiadają infrastruktury GSM-R. Ponadto odwołujący się funkcjonując na rynku europejskim od lat wie, iż wykonawca Huawei nie zrealizował w Europie żadnej dostawy podobnej do przedmiotu zamówienia. Skoro złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu musi posługiwać się doświadczeniem innego podmiotu nabytym w realizacji zamówienia na rzecz podmiotu publicznego w przeciwnym razie będzie to oświadczenie nieprawdziwe. Z tych względów zarówno wykaz wykonanych dostaw jak również dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie winny zostać odtajnione.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się posiada interes uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą niniejszego postępowania jest ustalenie, czy wykonawcy, których ofert dotyczy odwołanie, dokonali skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. 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.

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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu "niezbędność". Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień

publicznych (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż ciężar ten spoczywa wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podniósł w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu – w celu wyjaśnienia, czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – zwrócił się do wykonawców Kapsch i Huawei o złożenie stosownych wyjaśnień.

Wykonawca Kapsch w odpowiedzi wyjaśnił, że zastrzeżone informacje odpowiadają tajemnicy przedsiębiorstwa. Podniósł, że ujawnienie zastrzeżonych informacji naraziłoby go na ryzyko przechwycenia lub utrudnienia realizacji kontraktów dostawowych. Podkreślił, że kontrakty zawarte z dostawcami zawierają w sobie, obwarowane sankcjami cywilnymi, klauzule o zastrzeżeniu poufności nakazujące zastrzegać zarówno wynegocjowane ceny, jaki i nawet sam fakt zawarcia kontraktu. Podkreślił, że zastrzeżone dane stanowią wrażliwą wiedzę techniczną.

Odnosnie zastrzeżenia rozbicia ceny wykonawca Kapsch wyjaśnił, że dane na temat cen jednostkowych poszczególnych elementów systemu są najbardziej wrażliwymi informacjami handlowymi w ofercie. Informacje te pozwalają na ustalenie wielkości wynegocjowanych rabatów.

Z kolei wykonawca Huawei stwierdził, że wszelkie informacje zastrzeżone w ofercie mają istotną wartość gospodarczą. Informacje te nigdy nie zostały podane do wiadomości publicznej, nie znajdują się na stronie internetowej Huawei i zwykłą drogą nie można się o nich dowiedzieć. Pracownicy Huawei są zobowiązani do zachowania poufności na podstawie Kodeksu pracy oraz wdrożonej polityki bezpieczeństwa informacji i umów o poufności podpisywanych przez pracowników. W stosunku do kontrahentów, podwykonawców, partnerów i doradców stosowane są umowy o poufności.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Żaden z wykonawców nie przedstawił dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania

konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jedynym dokumentem przedłożonym jako dowód jest umowa poufności, którą wykonawca Kapsch przedłożył na rozprawie. W ocenie Izby dokument ten nie dowodzi, że wykonawca Kapsch podjął niezbędne działania w celu zapewnienia poufności tych konkretnych informacji, które wykonawca zastrzegł w ofercie. Z umowy wynika jedynie, iż strony zamierzają prowadzić rozmowy w celu dokonania oceny możliwej przyszłej współpracy odnośnie budowy sieci GSMR w Polsce i że w toku dyskusji strony wymienią się informacjami technicznymi i/lub handlowymi o charakterze poufnym. Zastrzeżenie poufności dotyczy więc zdarzenia przyszłego i niepewnego, mającego na celu jedynie zbadanie możliwości ewentualnej współpracy. Zawarcie tej umowy nie jest zatem podjęciem działań w celu zapewnienia poufności, ale jedynie deklaracją, że takie działania w przyszłości zostaną podjęte.

Powyższa argumentacja znajduje zastosowanie również w przypadku zastrzeżenia przez wykonawców kalkulacji ceny. Izba przychyliła się tu do stanowiska Zespołu Arbitrów wyrażonego w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 roku (UZP/ZO/0-2901/06), zgodnie z którym stanowisko co do utajnienia kalkulacji ceny i zestawienia przychodów jest w świetle przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dopuszczalne, jeżeli wykonawca powziął niezbędne działania w celu zachowania poufności, kalkulacja ta nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz ma ona charakter handlowy. W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie udowodnili, że podjęli niezbędne działania w celu zachowania poufności dotyczącej rozbicia ceny.

Rozpoznając wnioski o rozstrzygnięcie co do kosztów postępowania, Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego się o przyznanie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na nie przedłożenie do akt sprawy rachunku, który to obowiązek wynika z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....
.....
.....

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....