

WYROK

z dnia 27 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 26 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2013 r. przez wykonawcę „**Hewlett-Packard Polska**” Sp. z o.o., ul. **Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. Wykonawcy **IT CULTURE Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna, ul. Pańska 98/52, 00-837 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu odtajnienie informacji zawartych w ofercie złożonej przez IT CULTURE Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Warszawie:
 - 1/ na stronie 20 z wyłączeniem kolumny „b” i ”c” ;
 - 2/ na stronach 26, 27, 28 i 29 z wyłączeniem informacji z kolumny drugiej (imię i nazwisko);
 - 3/ na stronie 81 w zakresie daty operacji, rodzaju operacji i kwoty operacji.

2. kosztami postępowania obciąża **IT CULTURE Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna, ul. Pańska 98/52, 00-837 Warszawa, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „**Hewlett-Packard Polska**” Sp. z o.o. w **Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **IT CULTURE Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz „**Hewlett-Packard Polska**” Sp. z o.o. w **Warszawie** kwotę **18 600 zł 00** gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, w tym z tytułu wpisu od odwołania – 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony – 3 600 zł.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie (dalej: zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup usługi informatycznej w zakresie wsparcia technicznego dla elementów infrastruktury IT oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego wykorzystywanego przez ARiMR w okresie 01.01.2013 - 31.12.2015”,

Hewlett - Packard Polska Sp. z o.o. Warszawa (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie:

1) od czynności polegającej na zaniechaniu odtajnienia oferty złożonej przez IT Culture Sp. z o.o. S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „IT Culture”, która to oferta nie zawiera zdaniem Odwołującego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.), i winna podlegać odtajnieniu,

2) od czynności uniemożliwienia Odwołującemu zapoznania się z całością oferty IT Culture, która powinna podlegać odtajnieniu w całości,

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiające się w zaniechaniu odtajnienia oferty IT Culture, niezgodnie z przepisami ustawy PZP,

2. art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania z wyłączeniem zasady jawności pomimo braku przesłanek ku temu przejawiające się w zaniechaniu odtajnienia oferty IT Culture, która nie zawierała informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,

3. art. 96 ust. 3 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania z wyłączeniem zasady jawności przejawiające się w zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu oferty IT Culture, która winna podlegać odtajnieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) odtajnienia w całości oferty IT Culture,

b) umożliwienie Odwołującemu dokonania wglądu w całość oferty IT Culture.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 4 marca 2013r., kiedy to Zamawiający w odpowiedzi na wniosek Odwołującego złożony w dniu 25 lutego 2013 r., tj. w dniu składania ofert, dopuścił Odwołującego do dokonania wglądu w ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu przez IT Culture. Jednocześnie Zamawiający

uniemożliwił dokonania Odwołującemu wglądu w dokumenty IT Culture zawarte na stronach 20 - 83 z racji na ich utajnienie, co w ocenie Odwołującego było nieuprawnione. Dodatkowo, w dniu 5 marca 2013 r. Odwołujący wniósł odrębnym pismem do Zamawiającego o odtajnienie oferty IT Culture.

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu na dzień 25 lutego 2013 r., do upływu jego składania oferty złożyło 3 wykonawców, w tym Odwołujący oraz IT Culture. Odwołujący również w dniu 25 lutego 2013 r. zwrócił się do Zamawiającego o umożliwienie dokonania wglądu w całość dokumentacji postępowania, w szczególności złożonych ofert. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na dokonanie tej czynności na dzień 4 marca 2013 r.

4 marca 2013 r., Odwołujący dokonał wglądu w ofertę IT Culture z wyłączeniem dokumentów znajdujących się na stronach 20 - 83, które zostały utajnione i zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło ich weryfikację przez Odwołującego, jednocześnie Odwołujący pismem z dnia 5 marca 2013 r. Odwołujący wniósł o odtajnienie oferty IT Culture w całości wyznaczając termin na dokonanie tej czynności Zamawiającemu do dnia 8 marca 2013 r. do godz. 14. Zamawiający w wyznaczonym terminie zaniechał dokonania powyższej czynności.

Odwołujący podnosi, iż zgodnie z warunkami zawartymi w SIWZ w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał dołączenia do oferty m.in. wykazu wykonanych usług, wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz certyfikatów ISO potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymogi Zamawiającego. W jawnej części oferty IT Culture nie znalazły się ww. dokumenty.

W ocenie Odwołującego, nieodtajnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wskazanych przez IT Culture dokumentów narusza elementarną zasadę prawa zamówień publicznych sformułowaną w art. 7 ust. 1 ustawy PZP, stanowiącą, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zdaniem Odwołującego brak jest prawnych podstaw do uznania dokumentów zawartych w ofercie IT Culture w nieodtajnionej części, jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przypomina, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Odwołujący podkreśla, iż nawet w razie spełnienia przesłanek uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zawsze jest to równoznaczne z koniecznością zastrzegania całych dokumentów i to nie całe dokumenty powinny zostać utajnione, a poszczególne zawarte w nich informacje i to przy łącznym spełnieniu przesłanek kwalifikujących je jako informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zauważa, iż częstą praktyką jest zastrzeganie znacznych części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie dlatego, że istnieje faktyczna konieczność Ochrony zastrzeżonych informacji, lecz w celu uniemożliwienia konkurentom weryfikacji ww. ofert pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podziela pogląd zawarty w poniższym wyroku z 31.10.2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1281/07), w którym wskazano:

„Zastrzeżenie przez wykonawcę informacji dotyczących warunków udziału w, : postępowaniu, jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa faktycznie, co uniemożliwia sprawdzenie innym uczestnikom postępowania, czy wykonawca może być dopuszczony do ubiegania się o udzielnie zamówienia. Uniemożliwia tym samym pozostałym uczestnikom korzystanie z ich uprawnień, i w rezultacie prowadzi do r naruszenia warunków uczciwej konkurencji. (...) Zamawiający jest zobowiązany do: ustalenia, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest uzasadnione. Nie dotyczy to jednak sytuacji, w której zastrzeżeniem zostały objęte warunki wymagane do uzyskania zamówienia. W tym przypadku informacja taka powinna być ujawniana innym uczestnikom postępowania.”

Bezkrytyczne przyjmowanie wyjaśnień wykonawców, bez uwzględnienia m.in. ww. okoliczności może prowadzić do mnożenia w toku postępowania zjawisk patologicznych i obarczenie go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy a tym samym do konieczności unieważnienia postępowania.

Zamawiający uwzględnił odwołanie pismem z dnia 21 marca 2013 r.

Przystępujący do postępowania odwoławczego - IT Culture Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna z siedzibą w Warszawie pismem z 25 marca 2013 r. złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą odwołujący popierając odwołanie wskazał na zasadę jawności postępowania, która ma umożliwić wykonawcom weryfikację ofert konkurencyjnych. Zauważył, że Zamawiający uwzględnił odwołanie, z czego można wnioskować, iż zastrzeżenie tajemnicy przez Przystępującego było nieuzasadnione. Stwierdził, że szereg dokumentów i informacji, które prawdopodobnie zostały zastrzeżone

obejmuje informacje powszechnie dostępne, np. dotyczące posiadanych certyfikatów ISO, tu powołał wyrok KIO 2370/12. Zauważył, że nie może ocenić doświadczenia wykonawcy, w tym w zakresie umów świadczonych na rzecz sektora publicznego, o których wiedza, z mocy przepisów ustawowych, jest powszechnie dostępna. Zauważył, że również wyjaśnienia składane Zamawiającemu były zastrzeżone jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Stwierdził, że nie interesują go podmioty współpracujące z Przystępującym, która to okoliczność może być objęta tajemnicą, natomiast ma znaczenie dostęp do informacji o przedmiocie i zakresie usług referencyjnych. Podobnie jest z wiedzą o kompetencjach personelu, który ma wykonywać usługę i Odwołującego nie interesują dane osobowe tych osób. Nie ma również podstaw do utajniania informacji o fakcie wniesienia wadium na zasadach wymaganych przez Zamawiającego i nie jest zamiarem odwołującego uzyskanie wiedzy o saldzie rachunku bankowego konkurenta.

Przystępujący COMP poparł w całości stanowisko i argumentację przedstawioną przez Odwołującego. Zauważył, że art. 8 ustawy Pzp w pewnym zakresie pozwala chronić określone informacje, a nie całość dokumentów, które takie informacje zawierają. Ponadto zakłada, z uwagi na warunki udziału, że przedmiot zamówień referencyjnych wskazanych przez Przystępującego po stronie Zamawiającego nie został skutecznie utajniony.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie, w którym uwzględnił odwołanie.

Przystępujący IT CULTURE wniósł o oddalenie odwołania. Zauważył, że w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach odtajnił informacje dotyczące certyfikatów ISO. Stwierdził, że spór dotyczy informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym podmiotów trzecich udostępniających zasoby, faktu współpracy z tymi podmiotami, personelu, który ma wykonywać zamówienie i informacji o rachunku bankowym, z którego było płacone wadium (zawierającej także informacje o zasobach finansowych na tym rachunku). Stwierdził, że wyjaśnienia również zawierają informacje zastrzeżone, a żądanie ich ujawnienia nie było objęte treścią odwołania. Przypomniał pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa i zauważył, że Odwołujący w odwołaniu żąda odtajnienia całej oferty, a w toku rozprawy żądania te zostały ograniczone.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację postępowania, treść oferty i wyjaśnień pisemnych stron uczestników oraz wyjaśnienia stron i uczestników złożone w postępowaniu odwoławczego, w tym na rozprawie, zważyła, co następuje:

Przepis art. 8 ustawy Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, iż to zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady. Przepis art. 8 ust. 2 Pzp zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie. W ust. 3 powyższego przepisu ustawodawca zakazuje zamawiającemu udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzeże, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje te nie mogą być udostępnione.

Z treści przepisu art. 8 ustawy Pzp, w szczególności z treści nakazu wyrażonego przez ustawodawcę „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu [...]”. wynika obowiązek badania przez zamawiającego czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Zamawiający jest zobowiązany do samodzielnej oceny czy zachodzą przypadki określone w ustawie uprawniające do ograniczenia jawności. Izba w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Zgodnie z treścią art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59): informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej

niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów oraz zacytowaną wyżej definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała, że informacje zawarte w ofercie przystępującego, a dotyczące wskazania podmiotów, które będą brały udział w realizacji zamówienia, udostępniających swoje zasoby w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia zawarte w wykazie usług, referencjach dotyczących tych usług oraz pozostałe dokumenty określające wprost te podmioty są informacjami skutecznie zastrzeżonymi przez wykonawcę z uwzględnieniem warunków takiego zastrzeżenia, wskazanych wyżej. Niezależnie od zastrzeżenia tajemnicy zawartego w ofercie i prowadzonej wewnętrznej polityki bezpieczeństwa wykonawca związany jest z podmiotem trzecim umową o zachowaniu poufności.

Ponadto informacje o osobach, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia zostały, w ocenie składu orzekającego skutecznie zastrzeżone. Wykaz specjalistów, zwłaszcza w branży usług informatycznych, jak niejednokrotnie stwierdzono w orzecznictwie, jako mający wartość gospodarczą, może być skutecznie zastrzegany przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Także wartość organizacyjną, handlową i gospodarczą może mieć zdaniem Izby wyciąg z rachunku bankowego zawierający nazwę banku i saldo posiadanych środków finansowych. W przedstawionym wyżej zakresie KIO uznaje za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie jest wynikiem uznania przez skład orzekający, że z zastrzeżeniem prawa do utajniania niektórych informacji, prawo to nie może uchybiać zasadzie jawności służącej najczęściej w praktyce umożliwieniu wzajemnej kontroli przez wykonawców konkurujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze, że istotą tej kontroli jest wzajemna ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w sprawie rozpoznawanej w szczególności warunków co do wiedzy, doświadczenia i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Izba uznaje, że przy zachowaniu wyżej omówionego zakresu dopuszczalnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, niezasadne jest ograniczanie dostępu do treści oferty w części opisującej

przedmiot i wartość prac referencyjnych, kwalifikacje osób mających wykonywać zamówienie i fakt wniesienia wadium. Informacje te zostały zawarte w miejscach wskazanych w sentencji wyroku jako podlegające odtajnieniu. W pozostałym zakresie oferta w części zastrzeżonej zawiera informacje jednoznacznie wskazujące na podmioty, których określenie zostało, jak wcześniej wskazano, skutecznie zastrzeżone.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzuty naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia przepisu art. 7 ust 1, art. 8 ust 1- 3, 96 ust. 3 ustawy pzp i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji potwierdziły się w części.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 2 pkt 2 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238), z których wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił sprzeciw, koszty postępowania ponosi wnoszący sprzeciw.

Przewodniczący: