

Sygn. akt: KIO 2237/15

WYROK
z dnia 9 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski
Ewa Sikorska
Marek Szafraniec

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2015r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Infovide-Matrix S.A., Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy SID Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2237/15 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Infovide- Matrix S.A., Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie 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: Konsorcjum: Infovide- Matrix S.A., Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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 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

Zamawiający: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Zakup usług wsparcia oraz licencji do posiadanego przez Zamawiającego systemu ERP”, (znak postępowania ZP/2015/08/0098/PS).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 sierpnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 157-289841.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- 1) Infovide-Matrix S.A. - Lider Konsorcjum, ul. G. Daimlera 2, 02-460 Warszawa;
- 2) Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa;

powziął w dniu 19 października 2015 r., otrzymując od Zamawiającego pocztą elektroniczną zawiadomienie o odtajnieniu informacji zawartych na str. 115-141 jego oferty (tj. Wykazu „Doświadczenie zawodowe” - dokumentu potwierdzającego posiadanie doświadczenia oraz Wykazu „Potencjał kadrowy”).

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 29 października 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu, iż ten w toku przedmiotowego postępowania w rażący sposób naruszył art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn.zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2003 nr 153 poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej ustawą o znk poprzez bezzasadne odtajnienie części oferty Odwołującego (tj. Wykazu „Potencjał kadrowy” zawartego na str. 119-141 oferty Odwołującego) pomimo, że informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Odwołujący do dnia składania ofert wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia części oferty Odwołującego (tj. Wykazu „Potencjał kadrowy” zawartego na str. 119-141 oferty Odwołującego).

W swoim odwołaniu Odwołujący wskazał, że - wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 19 października 2015 r. - Wykaz osób stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego i nie podlega ujawnieniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli wykonawca (nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zauważył, że w świetle art. 11 ust. 4 ustawy o znk tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a zatem uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie stanowi wymóg konieczny stwierdzenia, że wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji.

Według Odwołującego, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, dochował on należytej staranności w celu ochrony i zachowania w poufności informacji zawartych w Wykazie osób i złożony przez niego Wykaz osób stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem zastrzeżenie Wykazu osób, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Odwołującego należy uznać za skuteczne w szczególności wobec dochowania obowiązków ustawowych takiego zastrzeżenia.

Podniósł, że wraz z ofertą złożył dokument „Uzasadnienie dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, w którym w sposób wyczerpujący wskazał na niejawny charakter informacji oraz spełnianie przez te informacje przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o znk.

Wyjaśnił również, że wskazał, z jakich względów zastrzeżony Wykaz osób należy traktować, jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wykazał, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego odtajnienie Wykazu osób przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o znk.

Dalej argumentował, że uzasadnienie zastrzeżenia przez Odwołującego Wykazu

osób, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie było ogólne, bowiem wskazywało na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez Odwołującego działania, aby dana informacja nie była znana ogółowi podmiotów, w tym innym uczestników postępowania.

Wskazał również, że odniósł się do faktu, jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla Odwołującego.

Odwołujący twierdził, że informacje zawarte w Wykazie osób posiadają szczególną wartość gospodarczą ze względu na uwarunkowania rynkowe (przywołane w uzasadnieniu zastrzeżenia), dotyczą one działalności gospodarczej członków konsorcjum Odwołującego i mogą być wykorzystane w walce konkurencyjnej.

Wskazał przy tym, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się także w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej, w możliwości przedstawienia danych członków personelu wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz - dzięki dysponowaniu takim personelem - na możliwości realizacji zamówień/projektów, które wymagają określonych kompetencji.

Zwrócił uwagę, że Wykaz osób zawiera dane osobowe personelu Odwołującego, szczegółowe informacje dotyczące wykształcenia tych osób, posiadanych przez te osoby certyfikatów oraz doświadczenia w projektach (które to projekty nie były projektami publicznymi), a tym samym zawiera także informacje o niepublicznych klientach członków konsorcjum Odwołującego.

W przekonaniu Odwołującego wszystkie w/w informacje bez wątpienia stanowią szczególnie istotną wartość dla Odwołującego i - tak jak Odwołujący wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia - ich zastrzeżenie zapobiega podkupowaniu pracowników przez konkurencyjne podmioty, a ich odtajnienie naraża Odwołującego na znaczną szkodę w postaci utraty personelu, a w konsekwencji na niemożliwość udziału w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia (o zbliżonym przedmiocie zamówienia), na niemożliwość wykazania spełniania warunków udziału w takim postępowaniu i niemożliwość realizacji projektów w związku z utratą osób o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu, a tym samym informacje zawarte w Wykazie osób mają dla Odwołującego wartość gospodarczą.

Odwołujący podniósł również, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał także jakie działania podejmuje w celu zachowania poufności swoich tajemnic przedsiębiorstwa i wskazał, że w przedsiębiorstwie wykonawców będących członkami Konsorcjum Odwołującego została wdrożona i jest stosowana polityka ochrony

informacji wynikająca z wdrożonego systemu zarządzania jakością w tym zakresie (norma ISO 27001:2005), wykonawcy w umowach handlowych stosują odpowiednie klauzule, czy też umowy o zachowaniu poufności, dokonują klasyfikacji informacji wewnątrz swojej organizacji, ograniczając dostęp do części informacji określonej grupie swoich pracowników. Ponadto Odwołujący wyjaśnił również, że wskazał, iż w odniesieniu do informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” podjęte zostały także inne niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji, w szczególności poprzez: (1) nie rozpowszechnianie tych informacji na stronie internetowej Wykonawcy ani podmiotu trzeciego oraz w publikacjach i komunikatach kierowanych do mediów, (2) zobowiązanie w umowach z pracownikami i współpracownikami do zachowania poufności informacji dotyczących w szczególności planów i strategii handlowych, negocjowanych, zawieranych i realizowanych umowach z klientami, (3) zobowiązanie do zachowania poufności informacji dotyczących przygotowywanych ofert i wniosków, (4) zamieszczanie w umowach handlowych klauzul o obowiązku zachowania poufności informacji przekazywanych w związku ze realizowanymi umowami, (5) zastrzeżenie w uzasadnionych przypadkach, jako tajemnica przedsiębiorstwa części ofert i wniosków składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak i konkursach.

Zdaniem Odwołującego wykazał we właściwym terminie (tj. do upływu terminu składania ofert) podstawy do zastrzeżenia informacji zawartych w Wykazie osób, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiający miał obowiązek ich nieujawnienia i nieudostępnienia podmiotom trzecim.

Powyższe działanie Zamawiającego stanowi naruszenie przez Zamawiającego zakazu nieujawniania tajemnic przedsiębiorstwa stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o znk.

W dniu 30 października 2015r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca SID sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym SIWZ, oferty Odwołującego (załącznik nr 12, str. 108 – 114 oferty, załącznik nr 14, str.118 – 141 oferty), pisma Zamawiającego z dnia 19 października 2015r.o odtajnieniu oferty Odwołującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o znk.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający dokonał odtajnienia oferty Odwołującego w granicach obowiązującego prawa.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w SIWZ określił załącznik nr 8, w którym wykonawcy mieli umieścić informacje odnoszące się do doświadczenia zawodowego osób wykonujących przedmiot zamówienia.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Odwołujący na str.119 - 141 oferty (załącznik nr 14) złożył wykaz związany z potencjałem kadrowym, gdzie wskazał 10 osób na stanowisko konsultanta, z podaniem ich imienia i nazwiska, wykształcenia, doświadczenia i kwalifikacji zawodowych oraz informacji o podstawie do dysponowania osobą.

Nadto, według ustaleń Izby Odwołujący w załączniku nr 12 na str.109 – 114 oferty podał uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec treści załącznika nr 14 zawierającego powyższy wykaz.

Rozpoznając powyższą sprawę Izba wzięła pod uwagę, że jedną z naczelnych zasad Prawa zamówień publicznych jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego unormowana przepisem art.8 ust.1 ustawy Pzp.

Odstępstwo od powyższej zasady może dokonać Zamawiający poprzez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie, co wynika z art.8 ust.2 ustawy Pzp.

Kluczowym przepisem, na którym należało się oprzeć przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy jest przepis art.8 ust.3 ustawy Pzp zgodnie, z którym 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 oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Oceniając przedmiotową sprawę w aspekcie powołanych wyżej przepisów prawa Izba doszła do przekonania, że Odwołujący dokonał jedynie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w myśl powołanego wyżej przepisu art. 8 ust.3 ustawy Pzp, natomiast nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Według zapatrywania Izby podane na str.109 i 112 uzasadnienie Odwołującego dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa jest niewystarczające, w swojej treści lakoniczne i nie towarzyszą mu jakiegokolwiek dowody wykazujące zasadność zastrzeżenia.

Nie można uznać za wykazanie zasadności tajemnicy przedsiębiorstwa ogólne wskazanie, że zostały spełnione przesłanki z art.11 ust.4 ustawy o znk i można potraktować za takie wykazanie deklaracji o podjęciu działań niezbędnych w celu zachowania poufności informacji.

Poza tym oświadczenie Odwołującego ograniczające się do stwierdzenia, że wiedza fachowa osób realizujących zamówienie stanowi kluczową wartość gospodarczą i decyduje o zdolności do realizacji zamówienia, a zatem stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa należało uznać za niemieszczące się w wymogu wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa w art.8 ust.3 ustawy Pzp.

Według zapatrywania Izby wskazanie powyższych okoliczności oraz informacja o tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zapobiega podkupywaniu personelu pomiędzy konkurencyjnymi spółkami nie stanowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jest jedynie informacją o danej sytuacji faktycznej.

Nie wykazuje również zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa obszerne powołanie się przez Odwołującego na wcześniejszą judykaturę Krajowej Izby Odwoławczej nieuwzględniającą zmiany stanu prawnego ustawy Pzp, przewidującej obecnie obowiązek dowodowy wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa najpóźniej w dacie złożenia oferty.

Izba uznała również za nieudowodnione i nie odnoszące się do wykazu związanego z potencjałem kadrowym, deklarowane przez Odwołującego działania podejmowane w celu zachowania poufności swoich tajemnic przedsiębiorstwa poprzez wskazanie, że w przedsiębiorstwie wykonawców będących członkami Konsorcjum Odwołującego została wdrożona i jest stosowana polityka ochrony informacji wynikająca z wdrożonego systemu zarządzania jakością w tym zakresie (norma ISO 27001:2005), wykonawcy w umowach handlowych stosują odpowiednie klauzule, czy też umowy o zachowaniu poufności, dokonują klasyfikacji informacji wewnątrz swojej organizacji, ograniczając dostęp do części informacji określonej grupie swoich pracowników. Ponadto Odwołujący wyjaśnił również, że wskazał, iż w odniesieniu do informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” podjęte zostały także inne niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji, w szczególności poprzez: (1) nie rozpowszechnianie tych informacji na stronie internetowej Wykonawcy ani podmiotu trzeciego oraz w publikacjach i komunikatach kierowanych do mediów, (2) zobowiązanie w umowach z pracownikami i współpracownikami do zachowania poufności informacji dotyczących w szczególności planów i strategii handlowych, negocjowanych, zawieranych i realizowanych umowach z klientami, (3) zobowiązanie do zachowania poufności informacji dotyczących przygotowywanych ofert i wniosków, (4) zamieszczanie w umowach handlowych klauzul o obowiązku zachowania poufności informacji przekazywanych w związku ze realizowanymi umowami, (5) zastrzeżenie w uzasadnionych przypadkach, jako tajemnica przedsiębiorstwa części ofert i wniosków składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienie publicznego, jak i konkursach.

Należy zauważyć, że z treści powyższego zastrzeżenia wynika, że powyższe uzasadnienie ze str.110 oferty odnosi się do wykazu zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, a nie wykazu dotyczącego potencjału kadrowego, a także brak jest poparcia powyższego zastrzeżenia jakimikolwiek dowodami, jak chociażby załączeniem do uzasadnienia zastrzeżenia konkretnych umów zawierających stosowne klauzule czy regulaminów wewnętrznych opisujących procedury zabezpieczeń tych informacji.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:.....

.....

.....