

Sygn. akt: KIO/UZP 6 /10

WYROK
z dnia 1 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko
Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Max Elektronik S.A., RG PLUS Sp. z o.o., DILAX Intelcom GmbH, ul. Dąbrowskiego 12, 65-021 Zielona Góra** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok** protestu z dnia 14 grudnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Bull Polska sp. z o. o., Bull SAS, Pixel Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-576 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Max Elektronik S.A., RG PLUS Sp. z o.o., DILAX Intelcom GmbH, ul. Dąbrowskiego 12, 65-021 Zielona Góra i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Max Elektronik S.A., RG PLUS Sp. z o.o., DILAX Intelcom GmbH, ul. Dąbrowskiego 12, 65-021 Zielona Góra,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Max Elektronik S.A., RG PLUS Sp. z o.o., DILAX Intelcom GmbH, ul. Dąbrowskiego 12, 65-021 Zielona Góra.**

U z a s a d n i e

Zamawiający: Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie, budowę, wykonanie i wdrożenie zintegrowanego systemu elektronicznej karty miejskiej do pobierania opłat za przejazdy komunikacją miejską, systemu dynamicznej informacji pasażerskiej w czasie rzeczywistym oraz systemu zliczania pasażerów w ramach projektu: „Poprawa jakości funkcjonowania systemu transportu publicznego miasta Białegostoku - Etap II” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 133-194346 w dniu 15 lipca 2009 r.

Zamawiający umożliwił odwołującemu Konsorcjum firm: Max Elektronik S.A., RG PLUS Sp. z o.o., DILAX Intelcom GmbH (zwane dalej Konsorcjum Max Elektronik) zapoznanie się z treścią ofert od dnia 3 grudnia 2009 r.. W dniu 7 grudnia 2009 r. odwołujący zapoznał się z udostępnioną dokumentacją obejmującą część jawną ofert. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu części ofert zastrzeżonej, jako zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł protest wobec zaniechania przez zamawiającego ujawnienia treści oferty Konsorcjum BULL Polska sp. z o.o., Bull SAS oraz Pixel sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum BULL Polska). Zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, wskazując, iż zamawiający w sposób nieuprawniony i niezgodny z art. 8 Pzp nie ujawnił w dniu 7 grudnia 2009 r. treści ww. oferty w zakresie następujących dokumentów: wykaz wykonanych dostaw - załącznik nr 5.4 oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, zestawienie kosztów - załącznik nr 5.5, zestawienie parametrów technicznych - załącznik nr 5.6, zestawienie sprzętu - załącznik nr 5.7 oraz zestawienie licencji i oprogramowania - załącznik nr 5.8, które w ocenie odwołującego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Wykonawca wniósł o odtajnienie oferty Konsorcjum BULL Polska w zakresie zgodnym z przepisami ustawy i udostępnienie do wglądu odtajnionej części oferty w zakresie jawnych informacji.

Wskazał, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, z treści art. 8 Pzp wynika, że zamawiający jest zobowiązany do badania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią tajemnicę w rozumieniu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest „wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji” (wyrok ZA z dnia 16.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-19/06). Przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59), wskazując, że nie jest możliwe objęcie tajemnicą informacji, które zainteresowany może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Informacje zastrzeżone przez Konsorcjum BULL Polska jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczą wykazu wykonanych usług, który nie zawiera żadnych informacji określonych w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, a referencje z zasady wystawiane są w celu ich ujawnienia. Ponadto, treść formularza 5.4 z uwagi na wagę dla treści oferty, nie może stanowić informacji, które mogłyby być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z tych samych względów, załączniki obejmujące zestawienie parametrów technicznych, sprzętu, licencji i oprogramowania nie posiadają cech tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zawarte w nich informacje dotyczą standardowych rozwiązań, ogólnie znanych, dostępnych i opartych na rozpowszechnionych na rynku parametrach technicznych, jedynie możliwych do zastosowania przy realizacji przedmiotowej umowy.

Wskazał, że zastrzeżenie informacji zawartych w zestawieniu kosztów stoi w sprzeczności z treścią art. 86 ust. 4 Pzp.

Do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu przystąpiło Konsorcjum BULL Polska, wnosząc o jego oddalenie. Przystępujący stwierdził, że wszystkie informacje zawarte w utajnionej części oferty spełniają przesłanki i odpowiadają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wyjaśnił, że nieujawnione do wiadomości publicznej dane zaliczają się częściowo do informacji technicznych - dotyczące opisu określonych rozwiązań technicznych (w szczególności w zakresie dotyczącym opisu oferowanych systemów, w planie jakości projektu i harmonogramach), a także dotyczące kontrahentów i wielkości obrotów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne (np. wykaz dostaw dla podmiotów prywatnych wraz z referencjami). W pozostałym zakresie informacje zawarte w zestawieniach kosztów, parametrów technicznych, sprzętu oraz oprogramowania i licencji można zaliczyć do posiadających wartość gospodarczą informacji o kontrahentach, wielkości obrotów i źródłach zaopatrzenia członków Konsorcjum BULL Polska, a także do informacji zawierających opis stosowanych przez nich rozwiązań technicznych. Oświadczył, że zastrzeżone informacje nigdy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej przez członków Konsorcjum BULL Polska, bowiem znaczna ich część została przygotowana na potrzeby tego zamówienia. Nie można ich uzyskać „w zwykłej i dozwolonej drodze”, gdyż podjęto działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Wykonawca przywołał postanowienie Sądu Antymonopolowego (sygn. AKT XVII Amz 3/96 z dn. 1996.10.30), orzecznictwo KIO, Zespołu Arbitrów oraz wyrok Sądu Najwyższego (sygn. akt V CSK 444/06 z 2007.02.28) na poparcie swojego stanowiska.

Zamawiający oddalił protest. Wskazał, że w częściowo zastrzeżonym wykazie wykonanych zamówień wraz referencjami - wykazane zamówienia były realizowane na rzecz podmiotów prywatnych, a nie publicznych i informacje zawarte ww. dokumencie obejmują dane dotyczące kontrahentów i wielkości obrotów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, zatem posiadają wartość gospodarczą w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, informacje zawarte w zastrzeżonym zestawieniu kosztów (załącznik nr 5.5) kumulatywnie spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż są w istocie sposobem budowania ceny. Informacje powyższe posiadają wartość gospodarczą przejawiającą się w odpowiednim kalkulowaniu ceny, co pozwala na uzyskiwanie zamówień i konkurowanie na danym rynku, gdyż ceny są kształtowane pod konkretne zamówienie.

Informacje zawarte w zestawieniu parametrów technicznych (załącznik nr 5.6), zestawieniu sprzętu (załącznik nr 5.7) oraz zestawieniu licencji i oprogramowania (załącznik nr 5.8) mają charakter techniczny, bowiem w całości stanowią informację o rozwiązaniach technicznych opracowywanych w odniesieniu do konkretnego zamówienia. Mają też

charakter gospodarczy, ponieważ zawierają informacje o kontrahentach, źródłach zaopatrzenia. Podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie konkretnego zintegrowanego systemu elektronicznej karty miejskiej, dostosowanego do indywidualnych potrzeb zamawiającego, a nie zakup standardowego sprzętu, co uzasadnia zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do ww. informacji. W ocenie zamawiającego zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą, a wykonawca podjął działania zapobiegające ich ujawnieniu.

Konsorcjum Max Elektronik wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący podtrzymał i ponowił w odwołaniu zarzuty zawarte w proteście. Zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 8 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia oferty Konsorcjum BULL Polska w zakresie zgodnym z przepisami ustawy Pzp i udostępnienia odwołującemu do wglądu w tej części treści oferty.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło Konsorcjum BULL Polska po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Wykonawca podtrzymał w całości stanowisko zawarte w przystąpieniu zgłoszonym na etapie postępowania protestacyjnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa w przypadku, gdy nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Tego rodzaju działanie zamawiającego stanowiłoby naruszenie Prawa zamówień publicznych i mogłoby grozić powstaniem uszczerbku w interesie prawnym odwołującego w toku postępowania, skutkując utrudnieniem lub uniemożliwieniem uzyskania zamówienia wobec braku możliwości weryfikacji oferty konkurencyjnej. W ocenie Izby, naruszenie zasady jawności postępowania,

w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisu art. 8 ust. 2 i 3 Pzp Izba uznała, że zarzut ten jest niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 2 i 3 Pzp, zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy 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 one być udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie. Analiza przepisu art. 8 ust. 3 Pzp prowadzi do wniosku, że pozostałe elementy oferty wykonawca może zastrzec, o ile zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, zamawiający jest zobowiązany do badania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią tajemnicę w rozumieniu art. 11 ust. 4 ww. ustawy. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zdefiniowane w ww. przepisie. Zgodnie z jego brzmieniem „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 poufności”. Jak wynika z treści orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59), za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia 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.

Sąd Najwyższy stwierdził także, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa natomiast obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w siwz, jest kompleksowe rozwiązanie informatyczne na potrzeby zamawiającego, pełniące szereg funkcji w zakresie obsługi przejazdów pasażerskich i obsługi płatności za usługi komunikacji miejskiej

organizowanej przez Miasto Białystok. System składa się z systemu centralnego (COS) oraz specjalizowanych podsystemów pracujących w terenie: systemów pokładowych w pojazdach, punktów sprzedaży i personalizacji kart, kart elektronicznych stanowiących nośnik biletu komunikacji miejskiej. System ten jest częścią zintegrowanego systemu informatycznego obsługującego Białostocką Komunikację Miejską, który składa się z modułów funkcjonalnych, dla których w siwz (załącznik nr 1) określono wymagania techniczne i funkcjonalne. Zamawiający wymagał przedstawienia w ofercie formularza ofertowego (załącznik nr 5) wraz z ośmioma załącznikami do formularza, według wzorów załączonych do siwz, w tym: w załączniku 5.4 należało wypełnić puste pola, przez wpisanie wymaganych informacji, w załączniku 5.5 należało wypełnić określone pola, przez podanie cen wskazanych urządzeń, przy czym wykonawca mógł rozszerzyć listę pozycji, według własnego uznania, w załączniku 5.6 dla określonych parametrów należało podać wartość oraz opis, natomiast załączniki 5.7 i 5.8, tj. pełne zestawienie sprzętu oraz licencji i oprogramowania w formie tabeli, w której należało podać, w odniesieniu do poszczególnych pozycji wykazu, informacje dotyczące producenta, funkcji w systemie, ilości, ceny jednostkowej, przy czym wykonawcom pozostawiono swobodę zarówno co do wykazanego sprzętu jak i licencji oraz oprogramowania.

Odwołujący kwestionował w odwołaniu zasadność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści oferty Konsorcjum BULL Polska w zakresie następujących dokumentów, zawartych w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa (str. 90 - 175 oferty): wykaz wykonanych dostaw (załącznik nr 5.4) i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, zestawienie kosztów (załącznik nr 5.5), zestawienie parametrów technicznych (załącznik nr 5.6), zestawienie sprzętu (załącznik nr 5.7) oraz zestawienie licencji i oprogramowania (załącznik nr 5.8).

W ofercie Konsorcjum BULL Polska wykaz wykonanych dostaw został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa częściowo tj. w zakresie pozycji 3 i 4 wykazu, dotyczących zamówień zrealizowanych na rzecz podmiotów prywatnych, które to dane nie podlegają udostępnieniu jako informacja publiczna. Jak wskazało w przystąpieniu do postępowania odwoławczego Konsorcjum BULL Polska, informacje zawarte w wykazie zawierają dane dotyczące kontrahentów i wielkości obrotów wykonawców wspólnie ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, które posiadają wartość gospodarczą w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i są chronione przez tych wykonawców. Jak stwierdził Sąd Antymonopolowy w postanowieniu z dnia 30 października 1996 r. sygn. akt XVII Amz 3/96 „stanowią w szczególności tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu [...]”. Takie dane są zawarte w omawianym wykazie wykonanych dostaw. Izba nie przychyliła się do

twierdzenia odwołującego, iż informacje zawarte w wykazie można uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Powyższych okoliczności odwołujący w żadnym stopniu nie wykazał w toku postępowania. Dokumenty referencji z zasady są wystawiane w celu ich ujawnienia, jednak następuje to wyłącznie według woli danego podmiotu.

Odnosząc się do okoliczności - przyznania przez przystępującego w toku rozprawy, że informacje zawarte w wykazie dostaw w poz. 3 i 4 w kolumnie „funkcjonalności dostarczanego systemu” nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i podlegają ujawnieniu lecz ich jawność została wyłączona ze względów czysto technicznych, wynikających z formy ww. dokumentu – Izba stwierdziła, że informacje powyższe nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i objęcie ich klauzulą zastrzeżenia nie jest uzasadnione. Dokonując oceny powyższych informacji pod kątem skutków naruszenia zasady jawności w postępowaniu w tym zakresie i wpływu tego naruszenia na wynik postępowania, Izba uznała, że nieujawnienie informacji zawartych w ww. kolumnie wykazu nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania, rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej, a zatem nie stanowi przesłanki do uwzględnienia odwołania stosownie do art. 191 ust. 1 a Pzp.

Nie jest trafne twierdzenie odwołującego, iż wskazane w zestawieniu parametrów technicznych (załącznik nr 5.6), zestawieniu sprzętu (załącznik nr 5.7) oraz zestawieniu licencji i oprogramowania (załącznik nr 5.8) informacje dotyczą standardowych rozwiązań, ogólnie znanych, dostępnych i opartych na rozpowszechnionych na rynku parametrach technicznych, jedynie możliwych do zastosowania przy realizacji przedmiotowej umowy.

Zawarte w tej części oferty dane mają niewątpliwie charakter techniczny. Informacje zawarte w ww. załącznikach należy oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą elementy jednego projektu oferującego szczegółowe rozwiązania techniczne dla osiągnięcia funkcjonalności określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunkach zamówienia. Informacje powyższe, jako zbiór ściśle powiązanych ze sobą danych stanowią informację o specyficznych rozwiązaniach technicznych opracowanych w odniesieniu do tego konkretnego zamówienia i w tym aspekcie z pewnością przedstawiają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Podkreślić także należy, za stwierdzeniem zamawiającego, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie pionierskiego na rynku polskim zintegrowanego systemu elektronicznej karty miejskiej, dostosowanego do indywidualnych potrzeb zamawiającego, a nie dostawa standardowego sprzętu. Zastrzeżenie poufności ww. informacji należy uznać za uzasadnione w świetle przytoczonych przepisów i orzecznictwa.

Ponadto, omawiane załączniki zawierają również istotne dane o charakterze handlowym tj. informacje o kontrahentach, źródłach zaopatrzenia, których poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawców. Są to niewątpliwie informacje obejmujące doświadczenie i wiadomości przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, a w szczególności do konkurencyjności na rynku danych usług.

Nie można zgodzić się z odwołującym, że zastrzeżenie informacji dotyczących sposobu kalkulacji ceny w załączniku 5.5 - Zestawienie kosztów - w ewidentny sposób stoi w sprzeczności z treścią art. 86 ust. 4 Pzp, a zatem informacje zawarte w niniejszym załączniku nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Elementy ceny i sposób jej budowania stanowią, zdaniem Izby, informacje, które odczytywane łącznie tj. jako kalkulacja elementów kosztowych wchodzących w skład oferowanego systemu spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone w tym załączniku informacje posiadają wartość gospodarczą i handlową, jako obrazujące rozwiązanie dotyczące sposobu skalkulowania ceny, które pozwala na uzyskiwanie zamówień w danym zakresie i skuteczne konkurowanie na danym rynku. Będąca efektem tej kalkulacji cena oferty, zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp pozostała jawna w ofercie wykonawcy.

Podsumowując powyższe, zdaniem Izby, opracowane przez wykonawcę na potrzeby zamówienia takie elementy oferty jak np. opis funkcjonalny systemu, opis techniczny, zastosowana metodologia, zawierające „know-how” wykonawcy, jak i wykaz sprzętu i licencji zastosowanych do budowy systemu w ramach oferowanego rozwiązania oraz sposób kalkulacji ceny oferty, uwzględniający szczegółowe elementy kosztowe, stanowią informację, która może podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powyższe informacje stanowią zbiór informacji, który jest objęty ochroną prawną na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podobnie orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 lutego 2007 r. sygn. akt V CSK 444/06 stwierdzając, że „Tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności.”

Izba zważyła także, że aby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uznać za uzasadnione konieczne jest wykazanie, iż wykonawca podjął działania mające na celu zapewnienie poufności informacji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wszelkie odstępstwa od zasad służących zapewnieniu skuteczności praw, przyznanych wykonawcom w zakresie zamówień publicznych, należy interpretować ściśle, a na osobie, która powołuje się na odstępstwo, spoczywa ciężar udowodnienia, że rzeczywiście zaistniały wyjątkowe okoliczności uzasadniające jego zastosowanie (zob. ETS wyrok z dnia 17 listopada 1993r. w sprawie C-71/92 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. S.I-5923, pkt 36, wyrok z dnia 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 Komisja przeciwko Hiszpanii Rec. S.I-1569, pkt 15 i 16, a także wyrok z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-157/08 Komisja przeciwko Włochom). W świetle powyższego, wykonawca żądający zachowania poufności informacji, musi

wykazać, że informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a także, że podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Znaczna część, zastrzeżonych przez Konsorcjum BULL Polska, informacji, została przygotowana wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, które w związku z tym niewątpliwie nie były wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej przez członków Konsorcjum. Dotyczy to w szczególności informacji technicznych, w tym wykazu sprzętu, licencji i oprogramowania wraz ze sposobem ich konfiguracji. W pozostałym zakresie wykonawca złożył stosowne oświadczenie, które należy uznać za dostateczne wykazanie, iż zastrzeżone informacje nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej. Oświadczenie powyższe nie zostało podważone przez odwołującego w przeprowadzonym postępowaniu dowodowym. Zastrzeżenie w ofercie poufności wskazanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi także wyraz działań podjętych w celu zachowania ich poufności. Ujawnienie przez zamawiającego w piśmie z dnia 12 stycznia 2010 r. elementu zastrzeżonych przez wykonawcę informacji nie dowodzi braku stosownych działań po stronie wykonawcy. Można jedynie stwierdzić, że działanie zamawiającego w tym zakresie stanowiło nadużycie zasadny zaufania, która powinna cechować stosunki pomiędzy zamawiającym i wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Z przedstawionych względów należało uznać za nietrafny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 15 ust. 2 dyrektywy 93/36 instytucje zamawiające są zobowiązane do przestrzegania poufnego charakteru wszelkich informacji handlowych przedstawionych przez dostawców w postępowaniach przetargowych. Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę (zob. wyrok z dnia 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji Rec.str. 1965, pkt 28, wyrok z dnia 19 maja 1994 r. w sprawie C-36/92 P SEP przeciwko Komisji, Rec. Str. I-1911, pkt 37). Nieujawnienie zatem informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, która została przez wykonawcę zastrzeżona w ofercie, nie narusza zasadny uczciwej konkurencji i równego traktowania, a wręcz przeciwnie - stanowi wyraz ochrony uprawnionych interesów podmiotów gospodarczych uczestniczących w postępowaniu przetargowym.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....