

Sygn. akt: KIO 1186/13

WYROK

z dnia 5 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18 (lider) i Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1a (adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez **Najwyższą Izbę Kontroli w Warszawie, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57,**

przy udziale:

1. wykonawcy **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1186/13 po stronie zamawiającego,
2. wykonawcy **GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1186/13 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18 (lider) i Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1a (adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa)** 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 **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18 (lider) i Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1a (adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 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

Najwyższa Izba Kontroli w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług transmisji danych w sieci WAN i dostępu do Internetu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lutego 2013 r., nr 2013/S 039-062406.

W dniu 10 maja 2013 r. wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider) i Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanym dalej „odwołującym”, udostępnione zostały oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 20 maja 2013 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 20 maja 2013 r.) na zaniechanie ujawnienia przez zamawiającego dokumentów dołączonych do oferty wykonawcy GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej wykonawcą „GTS” oraz wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej wykonawcą „Netia”, wymienionych enumeratywnie w treści zarzutu, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia:

1. formularza ofertowego wykonawcy GTS w zakresie oferowanego serwera systemu monitoringu (pkt 3.2) oraz formularza ofertowego wykonawcy Netia w zakresie oferowanych routerów (pkt 3.1) oraz serwera systemu monitoringu (pkt 3.2),
2. parametrów minimalnych dla routerów CE oraz serwera systemu monitoringu, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, dołączonych do oferty wykonawcy GTS P (w całości) oraz wykonawcy Netia (w części dot. podania strony dokumentacji),
3. dokumentacji technicznej producentów potwierdzającej spełnianie minimalnych parametrów dostarczanych routerów CE oraz serwera systemu monitoringu, dołączonych do ofert wykonawcy GTS oraz wykonawcy Netia,
4. certyfikatów ISO dla oferowanego serwera systemu monitoringu, dołączonych do oferty wykonawcy Netia,
5. zobowiązania do udostępnienia zasobów, wraz z dokumentami wymaganymi od podmiotu udostępniającego zasoby, dołączonych do oferty wykonawcy Netia,

6. wykazu wykonanych usług wraz z referencjami, dołączonych do oferty wykonawcy Netia w zakresie w jakim dotycząca realizacji umów zawartych w reżimie zamówień publicznych.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia treści dokumentów objętych zarzutem.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż w formularzu ofertowym wykonawcy GTS utajniono informację o nazwie i producencie serwera systemu monitoringu, natomiast w formularzu ofertowym wykonawcy Netia nie podano wymaganych nazw sprzętu (co rodzi wątpliwości, czy wykonawca ten w ogóle zaoferował routery i serwer). Obaj wykonawcy utajнили częściowo lub w całości dokument pod nazwą „Parametry minimalne dla routerów CE oraz serwera systemu monitoringu”, oraz dokumentację techniczną producentów potwierdzającą spełnianie minimalnych parametrów dostarczanych routerów CE oraz serwera systemu monitoringu. Wykonawca Netia utajnił także certyfikaty ISO. Wskazane powyżej dokumenty, zastrzeżone przez obu wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, w istocie nie zawierają nieujawnionych do wiadomości publicznej informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zastrzeżenie objęło tak podstawowe informacje jak określenie tego, co oferują wykonawcy (określenie przedmiotu oferty). Informacje te dotyczą urządzeń produkowanych seryjnie, których pełna dokumentacja udostępniania jest przez producenta sprzętu.

Nadto odwołujący dodał, iż do oferty wykonawcy Netia dołączone zostało zobowiązanie do udostępnienia zasobów, wystawione w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, podnosząc iż podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że nieuprawnione jest zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa nazw podmiotów, których potencjałem, na zasadzie określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawcy mieli zamiar się posłużyć, jeżeli utajnienie nazw tych podmiotów miało na celu uniemożliwienie konkurującym wykonawcom weryfikacji podanych prac oraz, w następstwie, ocen wniosków (wyrok KIO z 16 czerwca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1157/11). W spisie załączników do oferty nie wskazano, jakich zasobów dotyczy zobowiązanie, jednak opis warunków udziału w postępowaniu, prowadzi do wniosku, że dotyczyć ono może wiedzy i doświadczenia, ewentualnie potencjału technicznego. W obu sytuacjach udostępnienie zasobów wiąże się, co do zasady z uczestnictwem w realizacji zamówienia, co skutkuje konkretyzacją obowiązku dołączenia do oferty dokumentów wymienionych w pkt. 6.3.1 SIWZ Z utajnieniem nazwy podmiotu udostępniającego swoje zasoby, może wiązać się zamiar utajnienia prac referencyjnych wskazanych, w wykazie wykonanych zamówień, nawet jeżeli zostały wykonane w reżimie ustawy Pzp.

W dniu 21 maja 2013 r. zamawiający wezwał wykonawcę GTS i wykonawcę Netia do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując kopię odwołania.

W dniu 24 maja 2013 r. (pismem z dnia 23 maja 2013 r.) wykonawca GTS przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 24 maja 2013 r. (pismem z dnia 23 maja 2013 r.) wykonawca Netia przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania odtajnienia:

- 1. formularza ofertowego wykonawcy Netia w zakresie oferowanych routerów (pkt 3.1) oraz serwera systemu monitoringu (pkt 3.2),**
- 2. parametrów minimalnych dla routerów CE oraz serwera systemu monitoringu, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, dołączonych do oferty wykonawcy Netia (w części dot. podania strony dokumentacji),**
- 3. dokumentacji technicznej producentów potwierdzającej spełnianie minimalnych parametrów dostarczanych routerów CE oraz serwera systemu monitoringu, dołączonych do oferty wykonawcy Netia,**

4. certyfikatów ISO dla oferowanego serwera systemu monitoringu, dołączonych do oferty wykonawcy Netia, nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca Netia w załączeniu do oferty zastrzegł jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa: formularz ofertowy w zakresie oferowanych routerów (pkt 3.1) oraz serwera systemu monitoringu (pkt 3.2); parametrów minimalnych dla routerów CE oraz serwera systemu monitoringu, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ (w części dot. podania strony dokumentacji); dokumentację techniczną producentów potwierdzającą spełnianie minimalnych parametrów dostarczanych routerów CE oraz serwera systemu monitoringu oraz certyfikaty ISO dla oferowanego serwera systemu monitoringu.

Wykonawca Netia, pismem z dnia 25 kwietnia 2013 r., w odpowiedzi na pismo zamawiającego, wzywające do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa złożył stosowne wyjaśnienia, zastrzegając dodatkowo, iż objęte są one tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W art. 8 ust. 1 ustawy Pzp wyrażona została zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjątek od tej zasady stanowią ustawowo określone przypadki pozwalające na ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem. Takim wyjątkiem jest treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać taką informację, która spełnia łącznie trzy warunki, tj.: jest informacją o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inną posiadającą wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przedmiotem tego postępowania jest świadczenie określonych usług, rozwiązania dedykowanego dla potrzeb tego konkretnego postępowania. Przygotowanie rozwiązań technicznych, technologicznych, właściwy dobór sprzętu oraz sprawdzenie poprawności przyjętych rozwiązań wymaga – jak podniósł wykonawca Netia – skorzystania z unikalnej wiedzy i doświadczenia wykonawców, a wiedza ta stanowi swoiste *know how* przedsiębiorców decydujące o pozycji wykonawcy na rynku usług telekomunikacyjnych. Wykonawca Netia zastrzegł w swej ofercie informacje dotyczące sposobu skonfigurowania i wyboru urządzeń, do czego został zobowiązany treścią porozumienia zawartego pomiędzy tym wykonawcą a podmiotem trzecim (punkt B preambuły), w którym jednoznacznie wskazano, że rozwiązanie techniczne stanowiące przedmiot tego zamówienia stanowi autorskie rozwiązanie podmiotu udostępniającego. To właśnie dla potrzeb niniejszego

postępowania w specyficzny sposób dobrano sprzęt, minimalizując w ten sposób koszty realizacji przedmiotowej usługi, a tym samym zmniejszając cenę oferty tego wykonawcy. Konsekwencją utajnienia zaoferowanego zestawienia sprzętu jest następnie – jak podniósł wykonawca Netia - utajnienie zarówno parametrów minimalnych routerów oraz serwera systemu monitoringu, ich dokumentacji technicznej, jak i ich certyfikatów ISO. Wykonawca zaoferował bowiem indywidualne i niepowtarzalne rozwiązanie. Tymczasem informacje zawarte we wskazanych w odwołaniu dokumentach mogłyby wskazać na sposób doboru i skonfigurowania sprzętu, a tym samym pokazać jakie rozwiązanie zaoferowano. Informacje te – co potwierdza zawarte porozumienie - nie są powszechnie dostępne. Nie jest bowiem możliwe uzyskanie informacji na temat zestawienia zarówno poszczególnych komponentów w kształcie jaki został zaoferowany przez tego wykonawcę w tym konkretnym postępowaniu, ale i samej koncepcji tego rozwiązania technicznego, specyfikacji technicznych i opracowań przygotowanych dla potrzeb tego postępowania. Oferowane rozwiązanie nie jest więc rozwiązaniem standardowym i stanowi *know how* wykonawcy, a w tym przypadku podmiotu udostępniającego. Dlatego też stwierdzić należy, iż dopuszczalnym jest, w tym konkretnym stanie faktycznym, zastrzeżenie informacji zawartych w kwestionowanych dokumentach jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji powyższego uznać należy, iż przedmiotowy zarzut nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania odtajnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów wraz z dokumentami wymaganymi od podmiotu udostępniającego zasoby dołączonych do oferty wykonawcy Netia nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca Netia w załączeniu do oferty złożył „Zobowiązanie do udostępnienia danych” z dokumentami wymaganymi od podmiotu trzeciego, które zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Netia, pismem z dnia 25 kwietnia 2013 r., w odpowiedzi na pismo zamawiającego, wzywające do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa złożył stosowne wyjaśnienia, zastrzegając dodatkowo, iż objęte są one tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Jednak nie każdą informację można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. „Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności”,

(wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59), przy czym warunki te muszą być interpretowane ściśle.

W niniejszym stanie faktycznym zobowiązanie do udostępnienia zasobu stanowi niewątpliwie tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika bowiem z treści załączonego do wyjaśnień wykonawcy Netia porozumienia zawartego pomiędzy tym wykonawcą a podmiotem trzecim wykonawca Netia zobowiązany jest do zachowania poufności w zakresie odnoszącym się do faktu współpracy przy ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie oraz ewentualnie przy realizacji tego zamówienia. Informacja ta ma więc wartość gospodarczą i nie została ujawniona do wiadomości publicznej. Przedłożone porozumienie jest potwierdzeniem podjęcia w stosunku do tych informacji określonych działań celem zachowania ich poufności. Tak więc fakt utajnienia tego dokumentu wynika ze stanowiska podmiotu trzeciego (§ 2 porozumienia), a zawarcie przedmiotowego porozumienia było warunkiem uzyskania przez wykonawcę Netia wsparcia tego podmiotu przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania odtajnienia wykazu wykonanych usług wraz z referencjami, dołączonych do oferty wykonawcy Netia, w zakresie w jakim dotyczą realizacji umów zawartych w reżimie zamówień publicznych nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca Netia zastrzegł w „Wykazie usług” załączonych do oferty wyspecyfikowane w tabeli tego załącznika pozycje, tj. poz. 1, 2 ,3 i 4 wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

Wykonawca Netia, pismem z dnia 25 kwietnia 2013 r., w odpowiedzi na pismo zamawiającego, wzywające do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa złożył wyjaśnienia, zastrzegając dodatkowo, iż objęte są one tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) to czy daną informację można uznać czy też nie za tajemnicę przedsiębiorstwa decyduje istotność informacji z punktu widzenia interesów przedsiębiorcy oraz czynności, jakie on podjął w celu ochrony informacji. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest więc informacja dotycząca umów zawartych z jednostkami sektora

finansów publicznych, gdyż takie informacje objęte są zasadą jawności i są dostępne w trybie dostępu do informacji publicznej. Tymczasem w „Wykazie usług” załączonym do oferty wykonawcy Netia pod poz. 1, 2, 3 i 4 wyspecyfikowano wyłącznie usługi wykonywane na rzecz podmiotów prywatnych, a ustawa o dostępie do informacji publicznej swym zakresem tego typu umów nie obejmuje. Umowy z takimi podmiotami (podmiotami prywatnymi) nie mają przymiotu jawności i żaden przepis prawa nie obliguje stron takiego stosunku do ujawnienia informacji dotyczących realizacji takiej umowy. A ponadto częstą praktyką przy zawieraniu tego typu umów jest zastrzeżenie przez strony tychże umów poufności wszelkich informacji w nich zawartych. Tego typu informacje są bowiem informacjami handlowymi posiadającymi wartość gospodarczą i jako takie mają znaczenie dla prowadzonej działalności, w tym dla pozycji wykonawcy na rynku. Brak jest więc podstaw do ich odtajnienia.

Odnośnie zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie wykonawcy GTS jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa Izba uznała, iż zarzut ten stał się bezprzedmiotowy. Wykonawca GTS, pismem z dnia 24 maja 2013 r., wyraził bowiem zgodę na odtajnienie dokumentów, których prawidłowość utajnienia kwestionował odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: