Sygn. akt: KIO 989/15

WYROK
z dnia 25 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2015 r. przez wykonawcę **Longside Investments Sp. z o.o., ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego, ul. Kard. S. Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok**
przy udziale wykonawcy **Green Operator Sp. z o.o., ul. Cypryjska 2G, 02-761 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Longside Investments Sp. z o.o., ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 989/15

Uzasadnienie

Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego w Białymstoku (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie na zawarcie umowy o partnerstwie publiczno - prywatnym z Operatorem Infrastruktury, któremu powierzone zostaną rozbudowa oraz eksploatacja infrastruktury szerokopasmowej wybudowanej w ramach projektu „Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej - województwo podlaskie". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 lipca 2014 r. pod pozycją 2014/S 123-218799.

W postępowaniu tym wykonawca Longside Investments Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący") w dniu 13 maja 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechania odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń zastrzeżonych przez wykonawcę Green Operator Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach i oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz w zw. z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy Pzp w zw. 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 późno zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) dokumentów i oświadczeń zastrzeżonych przez wykonawcę Green Operator Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa (zaniechanie udostępnienia pełnej treści oferty złożonej przez Green Operator Sp. z o.o.), pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach i oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, iż w dniu 7 maja 2015 r. skierował do zamawiającego pisemny wniosek o udostępnienie w dniu 12 maja 2015 r. treści oferty złożonej przez Green Operator Sp. z o.o. W dniu 12 maja 2015 r. przedstawiciel odwołującego stawił się w siedzibie

zamawiającego celem dokonania wglądu w ofertę Green Operator Sp. z o.o. W odpowiedzi zamawiający udostępnił odwołującemu do wglądu jedynie fragment oferty Green Operator Sp. z o.o., tj. część jawną oferty (strony od 1 do 21).

Odwołujący zwrócił uwagę na art. 8 ustawy Pzp wyrażający generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, zdaniem odwołującego, iż to zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami ustawy Pzp, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. W ocenie odwołującego, z treści 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający jest zobowiązany do samodzielnej oceny czy zachodzą przypadki określone w ustawie uprawniające do ograniczenia jawności. Jak zauważył odwołujący, powyższe stanowisko podzielił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05).

Jak wskazał odwołujący, zgodnie z treścią art. 11 ust. 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. Odwołujący podkreślił, że zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki uznania tajemnicy przedsiębiorstwa, przy czym decyduje o tym treść dokumentu - może zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość - w takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów oraz definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący stwierdził, że informacje zastrzeżone w ofercie złożonej przez wykonawcę Green Operator Sp. z o.o. nie wypełniają przesłanek, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a wobec tego ich treść nie może być zastrzeżona przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jak wskazał odwołujący, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca Green Operator Sp. z o.o. zastrzegł w złożonej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa Załącznik 2A do SIWZ Wykaz Infrastruktury aktywnej, stanowiący Załącznik nr 1 do oferty, oraz dokumentację techniczną bądź oświadczenia producentów lub wykonawcy, złożone na potwierdzenie spełniania parametrów podanych w Załączniku 2A do SIWZ. W ocenie odwołującego, treści ww. dokumentów i oświadczeń nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem ich zastrzeżenie w całości jest bezpodstawne. Odwołujący

---

wyraził przekonanie, że ww. informacje 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 r. (sygn. akt III CZP 74/05) zamawiający powinien je bezwzględnie odtajnić. Odwołujący stwierdził, że zaniechanie ich udostępnienia przez zamawiającego narusza obowiązujące przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż informacje zastrzeżone przez Green Operator Sp. z o.o. miały za zadanie potwierdzać spełnianie parametrów określonych w SIWZ (parametrów wymaganych w Załączniku 2A do SIWZ Wykaz infrastruktury aktywnej), a zatem wymagań, które są jawne i dostępne dla każdego zainteresowanego. Odwołujący zauważył, że wszystkie ww. dokumenty są dokumentami jawnymi, dostępnymi dla każdego zainteresowanego, co więcej, niektóre z nich pochodzą zapewne ze strony internetowej danego producenta, a zatem również w ich przypadku nie jest spełniony warunek nieujawnienia do wiadomości publicznej. Przeciwnie, ww. dokumenty są tworzone właśnie po to, aby udostępniać je jak najszerszemu kręgowi potencjalnych nabywców, ich rolą jest

bowiem upowszechnianie wiedzy na temat parametrów danego produktu poprzez potwierdzenie jego określonych pożądanych właściwości. Informacje o parametrach i oferowanych produktach (a także dokumentacji technicznej dotyczącej tych produktów) są dostępne w sieci dystrybucyjnej danego producenta czy choćby stronach internetowych poszczególnych producentów. Podtrzymywanie klauzuli tajemnicy w zakresie tych oświadczeń i dokumentów należy zatem uznać za bezpodstawne.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że wymagania techniczne sformułowane przez zamawiającego w treści SIWZ dotyczące funkcjonalności i parametrów zamawianych urządzeń i oprogramowania, były szczegółowe i nie pozostawiały wykonawcom miejsca na zbytnią kreatywność w budowie oferowanego rozwiązania. Specyfikacja techniczna zamawianych urządzeń i oprogramowania nie zawiera żadnego unikalnego *know-how.* Jedynym zadaniem postawionym każdemu wykonawcy w tym postępowaniu przez zamawiającego był więc dobór urządzeń i oprogramowania do wymagań z góry narzuconych treścią Załącznika 2A do SIWZ Wykaz infrastruktury aktywnej. Ponadto, jak wskazał odwołujący, treść zastrzeżonych przez Green Operator Sp. z o.o. dokumentów zawiera informacje identyfikujące oferowane przez tego wykonawcę urządzenia i oprogramowanie, które będą następnie dostarczone na potrzeby publicznej sieci szerokopasmowej. Nie sposób zatem uznać, w opinii odwołującego, by informacje o tych urządzeniach i oprogramowaniu były na etapie realizacji zamówienia, a w szczególności etapie funkcjonowania sieci szerokopasmowej, tajne i niedostępne. Odwołujący podkreślił, że

zastrzeganie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności oferty przez konkurencyjnych wykonawców.

Dodatkowo odwołujący zauważył, iż podczas publicznego otwarcia ofert w siedzibie zamawiającego zamawiający dysponował ofertą Green Operator Sp. z o.o., której objętość była co najmniej kilkukrotnie mniejsza niż oferty odwołującego (oferta odwołującego znajduje się w 18 segregatorach, jej objętość to ponad 13.000 stron). Mając na uwadze bardzo rygorystyczne wymaganie zamawiającego wprowadzone modyfikacją z dnia 16 marca 2015 r., skutkujące koniecznością złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą Załącznika 2A do SIWZ Wykaz infrastruktury aktywnej oraz załączenia dokumentacji technicznej na potwierdzenie każdego wymaganego parametru ze wskazaniem miejsca w tym dokumencie opisującego dany parametr, niemożliwym jest spełnienie tego wymagania poprzez złożenie tak niewielkiej ilości dokumentów, jak to uczynił wykonawca Green Operator Sp. z o.o. Także z ww. wyżej powodu konieczne staje się, zdaniem odwołującego, umożliwienie odwołującemu wglądu w pełną treść oferty Green Operator Sp. z o.o. celem zweryfikowania, czy odpowiada ona wymaganiom opisanym w SIWZ.

Jednocześnie odwołujący zaznaczył, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu odtajnienia i ujawnienia niezwłocznie odwołującemu dokumentów i oświadczeń zastrzeżonych przez Green Operator Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. udostępnienia niezwłocznie odwołującemu pełnej treści oferty wykonawcy Green Operator Sp. z o.o.

W dniu 15 maja 2015 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiła Green Operator Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 22 maja 2015 r. strony złożyły pisma procesowe.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W dniu 7 maja 2015 r. odwołujący skierował do zamawiającego wniosek o udostępnienie dokumentacji postępowania w dniu 12 maja 2015 r. W piśmie tym odwołujący wniósł również, na wypadek, gdyby w ofercie Green Operator Sp. z o.o. znajdowały się informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, o dokonanie przez zamawiającego weryfikacji zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa

określonych informacji znajdujących się w ofercie tego wykonawcy, poinformowanie

odwołującego do dnia 12 maja 2015 r. o zakończeniu procedury weryfikacji zasadności zastrzeżenia dokonanego przez Green Operator Sp. z o.o., oraz niezwłoczne odtajnienie i udostępnienie w dniu 12 maja 2015 r. pełnej treści oferty Green Operator Sp. z o.o.

Pismem z dnia 8 maja 2015 r. zamawiający wezwał Green Operator Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie prawidłowości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Załącznika 2A do SIWZ Wykaz infrastruktury aktywnej.

W dniu 8 maja 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego, iż niezwłocznie po otwarciu ofert rozpoczął badanie złożonych ofert również pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy Green Operator Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził, że zwrócił się do Green Operator Sp. z o.o. o wskazanie i szczegółowe uzasadnienie podstaw zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający poinformował, iż w dniu 12 maja 2015 r. możliwy będzie wgląd w część dokumentacji. Zamawiający zadeklarował również, iż po zapoznaniu się ze szczegółowym uzasadnieniem podstaw zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa złożonymi przez Green Operator Sp. z o.o. poinformuje odwołującego o podjętej decyzji w przedmiotowej sprawie.

W tym samym dniu odwołujący zwrócił się do zamawiającego z prośbą o informację kiedy zamawiający przewiduje zakończenie procesu badania zasadności utajnienia części oferty przez Green Operator Sp. z o.o.

Zamawiający odpowiedział, że nie potrafi wskazać konkretnego terminu, jednak ma nadzieję, że sprawa zasadności utajnienia przez wykonawcę części oferty rozstrzygnie się najpóźniej do dnia 15 maja 2015 r.

W dniu 12 maja 2015 r. Green Operator Sp. z o.o. złożyła wyjaśnienia w zakresie prawidłowości zastrzeżenia Załącznika 2A do SIWZ jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 21 maja 2015 r. odwołujący zwrócił się od zamawiającego z prośbą o informację jaką decyzję podjął zamawiający w sprawie odtajnienia oferty Green Operator Sp. z o.o. Jednocześnie odwołujący zwrócił się o udostępnienie w dniu 22 maja 2015 r. pełnej treści oferty złożonej przez Green Operator Sp. z o.o.

W dniu 22 maja 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego, iż jest w trakcie szczegółowej analizy złożonych ofert zarówno pod kątem formalno-prawnym, jak również merytorycznym. Zamawiający stwierdził, że na tym etapie postępowania nie precyzuje żadnego terminu, w tym terminu, w którym będzie w stanie przekazać informację o decyzji o odtajnieniu lub nie informacji zastrzeżonych przez Green Operator Sp. z o.o. Wobec

powyższego zamawiający zauważył, że wgląd do oferty Green Operator Sp. z o.o. we wnioskowanym przez odwołującego zakresie na ówczesny dzień nie jest możliwy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść wskazanej powyżej korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte przed dniem 19 października 2014 r., tj. przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie przepisów wskazanej ustawy.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona przesłanka określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkująca możliwość merytorycznego rozpoznania odwołania, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Bezsporne jest, iż odwołujący kwestionuje zaniechanie udostępnienia odwołującemu w dniu 12 maja 2015 r. części oferty Green Operator Sp. z o.o. zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż zamawiający kilkukrotnie informował odwołującego, iż jest w toku badania ofert również pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Green Operator Sp. z o.o. Taką informację

zamawiający przekazał odwołującemu w dniach 8 oraz 22 maja 2015 r. Zamawiający zadeklarował również, iż poinformuje odwołującego o podjętej decyzji w przedmiotowej sprawie. Nie ulega zatem wątpliwości, iż udostępnienie przez zamawiającego tylko części oferty Green Operator Sp. z o.o. w dniu 12 maja 2015 r. nie było wynikiem analizy zasadności zastrzeżenia części oferty ww. wykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa czy decyzji podjętej przez zamawiającego w tym przedmiocie.

Izba zważyła, iż ustawa Pzp nie precyzuje terminu, w jakim zamawiający zobowiązany jest dokonać oceny ofert, w tym zweryfikować zasadność dokonanych przez wykonawców zastrzeżeń jawności złożonych ofert. Niewątpliwie, zamawiający może takiej weryfikacji dokonać do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej, co w przedmiotowym

---

postępowaniu nie miało jeszcze miejsca. W tych okolicznościach brak jest podstaw do stwierdzenia zaistnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dostrzega prawo odwołującego do weryfikowania treści oferty złożonej przez konkurenta ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jednak w przedmiotowym stanie faktycznym, wobec jednoznacznych oświadczeń zamawiającego, iż badania zasadności zastrzeżenia części oferty Green Operator Sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa jeszcze nie dokonał, Izba naruszenia uprawnień odwołującego nie stwierdziła. W przedmiotowym postępowaniu termin na wniesienie odwołania na zaniechanie ujawnienia utajnionej części oferty Green Operator Sp. z o.o. będzie biegł od momentu poinformowania wykonawców o wynikach oceny ofert, ewentualnie od momentu uzyskania przez odwołującego wiedzy o zakończeniu przez zamawiającego weryfikacji dokonanego przez Green Operator Sp. z o.o. zastrzeżenia i odmowy udostępnienia tej części oferty tego wykonawcy odwołującemu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……