Sygn. akt: KIO 1982/14

WYROK
z dnia 16 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpatrzeni na rozprawie w dniu 15 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2014 r. przez **Odwołującego** – Konsorcjum: Nexrad Telecom Sp. z o.o., AXEL Sp. z o.o., ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Centrum Projektów Informatycznych, ul. Syreny 23, 01-150 Warszawa

przy udziale **Wykonawcy** - Konsorcjum: Maxto Sp. z o.o. S.K.A., IP Connect Sp. z o.o., ul. Reduta 5, 31-421 Kraków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu odtajnienie treści formularza cenowego wchodzącego w skład oferty złożonej przez Konsorcjum: Maxto Sp. z o.o. S.K.A., IP Connect Sp. z o.o., ul. Reduta 5, 31-421 Kraków

2. Kosztami postępowania obciąża Centrum Projektów Informatycznych w Warszawie w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00** gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tytułem wpisu od odwołania,

2.1 Zasądza od Centrum Projektów Informatycznych w Warszawie na rzecz wykonawców Konsorcjum: Nexrad Telecom Sp. z o.o., AXEL Sp. z o.o., ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset złotych 00 gr) tytułem zwrotu kosztów postępowania

---

odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Warszawie.**

Przewodniczący:

……..

Sygn. akt: KIO 1982/14

Uzasadnienie

Centrum Projektów Informatycznych w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Integrację środków łączności”, nr sprawy 38-CPI-WZP-2244/14, opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 2 sierpnia 2014 roku pod numerem 2014/S 147-263881,
Odwołujący się: Konsorcjum NEXRAD - AXEL w składzie Lider: Nexrad Telecom Sp. z o.o. oraz Axel sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego

polegającej na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę jawności postępowania, w szczególności poprzez odmowę udostępnienia treści oferty złożonej przez Konsorcjum firm MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością SKA - IP Connect Sp. z o.o., zwane w dalszej treści odwołania Konsorcjum MAXTO oraz dokumentów potwierdzających posiadanie przez Konsorcjum MAXTO wymaganego doświadczenia zawodowego. Działania i zaniechania Zamawiającego naruszyły przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 i 3 ustawy.

Odwołujący wnosi o nakazanie sprawdzenia oferty Konsorcjum MAXTO, pod kątem dokonanych w niej zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienie części oferty, w których zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 09 września 2014 roku zostały złożone oferty. Oprócz Odwołującego ofertę złożyło Konsorcjum MAXTO. W dniu 16 września 2014 roku udostępniono Odwołującemu możliwość zapoznania się z ofertą tego wykonawcy. W toku czynności udostępnienia oferty okazało się, że istotna część informacji została przez Konsorcjum MAXTO zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający odmówił udostępnienia zastrzeżonych części oferty Konsorcjum MAXTO. Odmową udostępnienia objęto zastrzeżone przez Konsorcjum MAXTO:

1) Treść oferty, a konkretnie Formularz cenowy (według załącznika nr 3 do SIWZ)

2) Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu to jest wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (na formularzu zgodnym z treścią wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ), oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zastrzeżenie to nie posiada podstaw prawnych ani merytorycznych. Zostało dokonane wyłącznie w celu utrudnienia konkurowania w przedmiotowym postępowaniu. Odmowa udostępnienia narusza zasadę jawności postępowania opisaną w art. 8 ustawy co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz do ograniczenia prawa Odwołującego do kontroli postępowania w drodze stosowania środków ochrony prawnej.

Odnośnie zastrzeżenia Formularza cenowego stwierdza, że jego treścią są wyłącznie składniki cenotwórcze w ujęciu uproszczonym. Jego zastrzeżenie i w konsekwencji odmowa udostępnienia uniemożliwia Odwołującemu sprawdzenie czy dokonano wyceny poszczególnych pozycji a także, czy wycena została wykonana zgodnie z wymaganiami SIWZ. Formularz ten stanowi część oferty, która zawiera cenę za realizację przedmiotu zamówienia, a więc takie informacje, które nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa na mocy art. 8 ust. 3 ustawy. Zgodnie z tym przepisem wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy, w tym m.in. informacji dotyczących ceny.

Samo wskazanie cen jednostkowych nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Byłoby to natomiast możliwe, gdyby w załącznikach tych żądano wpisania szczegółowej kalkulacji ceny w stosunku do prac wyspecyfikowanych w poszczególnych pozycjach tabeli, w tym także wysokości zysku i szczegółowego określenia wszelkich kosztów związanych z daną pracą. Dopiero bowiem tego typu dane mogą zobrazować sposób kalkulacji ceny. (KIO/UZP 797/09)

Przy tym informacje zawarte w formularzu cenowym zostaną w całości przeniesione do § 12. Umowy pt. „Wynagrodzenie, Warunki płatności”.

Art. 139 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, tj. w trybie art. 7, 12, 13 i 14 wskazanej ustawy, co stanowi uzupełnienie zasady wyrażonej w art. 8 ustawy Pzp, a obowiązek ich ujawnienia ciąży na wszystkich zamawiających, a więc także na Zamawiającym w niniejszym postępowaniu. (KIO/UZP 797/09). Dane zawarte w Formularzu cenowym nie mogą być skutecznie zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa także z tego powodu, że zgodnie z zapisem punktu 14.2 SIWZ stanowią podstawę obliczenia ceny oferty.

Reasumując stwierdził odwołujący, iż nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa

informacji enumeratywnie wyliczonych w art. 86 ust. 4 ustawy, podawanych w trakcie otwarcia ofert. Skoro więc w tabeli załącznika nr 3 do SIWZ zawarte są ceny jednostkowe poszczególnych prac, nie mogą być one opatrzone klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Naczelną zasadą zamówień publicznych jest bowiem jawność i konkurencyjność, co oznacza, iż utajnienie przez wykonawców jakichkolwiek dokumentów powinno mieć charakter rzeczywiście wyjątkowy.

4

Odnośnie zastrzeżenia Wykazu wykonanych dostaw Odwołujący stwierdza, że co do zasady zarówno Wykaz jak również załączone do oferty dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Przesądza o tym liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek wyjaśnienia powyższych okoliczności a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu, bądź nie oferty wykonawcy. To na wykonawcy, który zastrzega powyższe informacje spoczywa obowiązek wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca taki powinien być przygotowany na uzasadnienie zastrzeżenia charakteru powyższych informacji. Co do zasady informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, dat rozpoczęcia i zakończenia usługi a także odbiorcy ww. usługi nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Aby powyższe okoliczności zostały przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa powinny zostać przez niego w sposób dostateczny uzasadnione, (por. KIO/UZP 528/10).
Należy zauważyć, że potencjał doświadczenia wymieniony w treści Wykazu dostaw miał być zgodny z wymaganiami podanych do wiadomości publicznej dokumentów zamówienia to jest Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Wykaz należało złożyć na formularzu załącznika nr 7 do SIWZ. Zgodnie z tym formularzem, w zakresie spełnienia warunku doświadczenia każdy wykonawca musiał wskazać jedynie informacje dotyczące:
- przedmiotu i wartości dostawy,
- dat wykonania,
- nazwy i adresu odbiorcy.
Brak było żądania szczegółów stosunków zobowiązaniowych a tym bardziej informacji technicznych i technologicznych. Jasnym jest, że z treści Wykazu dostaw musi wynikać spełnienie warunku udziału w postępowaniu i tylko takie informacje musiały zostać tam zamieszczone. Spodziewać się zatem można, że w Wykazie dostaw Konsorcjum MAXTO powinna zawierać się co najmniej jedna dostawa odpowiadająca opisowi warunku udziału z punktu III.2.1) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu mówiąca, że Konsorcjum MAXTO wykazuje się: należytym wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej dostawy obejmującej dostarczenie co najmniej pięciu stacji bazowych w technologii TETRA stanowiących jeden system radiowy wraz z ich konfiguracją i instalacją.
Jest to wiedza dostępna powszechnie. Na obecnym etapie nie ma też wiadomości , że nie została ona wcześniej podana do wiadomości publicznej. Co istotne, w przypadku udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci, sam wykonawca może nie posiadać wiedzy, czy podmiot udostępniający potencjał sam udostępnił wcześniej informację o zrealizowanej dostawie do wiadomości publicznej czy też nie.

5

Zamawiający bez dokonania badania zasadności zastrzeżenia odmówił udostępnienia informacji. Odwołujący wskazuje, że jawność postępowania jest jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Przejawia się ona w wielu innych przepisach ustawy i ma na celu umożliwienie wykonawcom pełnej informacji o fakcie wszczęcia postępowania oraz o jego dokumentacji, w tym także o treści ofert złożonych przez ich konkurentów. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należy więc postrzegać jako wyjątek od zasady jawności postępowania i dlatego też, wyjątek ten musi być interpretowany w bardzo ścisły i ostrożny sposób.
Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera się w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przez "tajemnicę przedsiębiorstwa" należy rozumieć 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 ich poufności. Zatem określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie, gdy łącznie zaistnieją trzy następujące przesłanki:
1) informacja taka ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00).
Niedopuszczalnym w ocenie Odwołującego jest uznanie a priori, że informacje w zastrzeżonych przez Konsorcjum MAXTO dokumentach nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej oraz, że wykonawca ten podjął w stosunku do nich wszelkie niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezprawnie nie odtajnił zastrzeżonych przez Konsorcjum MAXTO informacji, gdyż w Naszej ocenie, informacje te nie spełniają łącznie w/w warunków, pozwalających na zakwalifikowanie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, (za KIO 392/12)
Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że odwołanie nie jest przedwczesne a także zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Zgodnie ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, początkiem biegu terminu dla odwołania odnoszącego się do odmowy udostępnienia informacji jest dzień następny po dniu tej czynności Zamawiającego. W przypadku przedmiotowej sprawy odmowa udostępnienia nastąpiła w dniu 16 września 2014 roku. Zatem pierwszym dniem terminu do wniesienia odwołania był 17 września 2014 r. Termin ten upływa skutecznie w dniu 26 września 2014 roku. Z tej także przyczyny odwołanie nie może zostać uznane za wniesione przedwcześnie. Po upływie terminu jego skuteczne wniesienie nie byłoby możliwe. Pogląd ten znajduje wsparcie w z dnia 09 marca 2012 roku , Sygn. akt KIO 392/12:

Na gruncie niniejszego stanu faktycznego, w ocenie Izby od daty nieudostępnienia dokumentacji, tj. części ofert, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa rozpoczął się bieg terminu na wniesienie odwołania w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.(...) Skoro Zamawiający nie udostępnił ofert w pełnym zakresie, to należy uznać, że respektował zasadność zastrzeżenia a wykonawca miał prawo domniemywać, że Zamawiający zaakceptował takie zastrzeżenie (...) (Podobnie KIO 1262/13)
W trakcie rozprawy odwołujący podtrzymując zarzuty podkreślił obowiązującą w Pzp zasadę jawności postępowania. Wskazał na treść załącznika 3 do SIWZ, tj. formularza cenowego. Zauważył, że wykonawcy podawali w formularzu konkretne ceny składowe ogólnej ceny ryczałtowej za czynności określone w formularzu przez zamawiającego. Wskazał także na zawartą w formularzu uwagę, iż wynagrodzenie za wykonanie etapu 1 nie może przekroczyć pięciu procent ceny.
Odnośnie wymaganego wykazu wykonanych dostaw stwierdził, iż wie, że wykaz ten uzupełniany był przez wybranego wykonawcę, jednakże nie zna tych informacji. Treść wykazu, stosownie do postanowień ogłoszenia w punkcie 3.2.1.1 oraz SIWZ, nie może zawierać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Są to informacje obiektywne, handlowe, w odróżnieniu np. od wykazu osób lub informacji
o technologiach know-how, koncepcjach mających wpływ na wybór oferty, które ewentualnie mogłyby zostać zastrzeżone.
Zauważył, że składowe ceny w formularzu nie dotyczą konkretnych czynności i produktów lecz połączonych blokowo, a zatem z tych informacji nie można wnioskować konkretnych danych, jakie sugerował zamawiający. Stwierdza, że przystępujący na potwierdzenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy wskazuje na informacje nie wymagane w postępowaniu. Stwierdza, że bezpieczeństwo teleinformatyczne i przemysłowe, na które wskazuje przystępujący jest w tej branży normą. Zauważa, że przedmiotowy rynek jest znany i nie ma rzeczywistych podstaw do utajniania referencji. Kwestionuje informacje przystępującego o okolicznościach postępowania w 2013 prowadzonego przez Tauron.

Zamawiający

Wnosi o oddalenie odwołania. Stwierdza, że informacje zawarte w formularzu cenowym oraz dotyczące wiedzy i doświadczenia (wykaz dokumentów i referencje) są to informacje wzajemnie powiązane składające się na istotne elementy oferty. W opinii zamawiającego, dokumenty dotyczące wykazanego doświadczenia, mogą i w tym wypadku

stanowią, tajemnice przedsiębiorstwa. Wskazuje na częstą praktykę utajniania referencji,

jako dokumentów mających wymierną wartość handlową. W niniejszym postępowaniu uznał za uzasadnione zastrzeżenie przez przystępującego dokumentów ofertowych, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Składa do akt kolejny dokument zastrzeżony, który otrzymał od wykonawcy na potwierdzenie wymaganego doświadczenia. Stwierdza, że ewentualne odtajnienie zastrzeżonych dokumentów nie będzie mieć wpływu na wynik postępowania.

Przystępujący

Popiera stanowisko zamawiającego. Wnosi o oddalenie odwołania. Wskazuje na szerszy kontekst zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych dokumentach. Wskazuje na specyfikę zamówienia na system łączności Tetra; w zakresie tego przedmiotu głównym wykonawcą na rynku jest firma Motorola. Stwierdza, że uczestniczył w ubiegłym roku w postępowaniu na analogiczny przedmiot zamówienia i złożył najkorzystniejszą ofertę, przy czym nie utajniał dokumentów ofertowych, a po wyborze najkorzystniejszej oferty Motorola wycofała autoryzację dostawcom, z którymi wykonawca współpracował, co spowodowało znaczne straty. Składa kopie pisma z 20 sierpnia 2013 r. firmy Motorola. Stwierdza, że w wykazie dostaw wymieniony jest podmiot realizujący zamówienie, co na tym specjalistycznym rynku pozwala na zidentyfikowanie wykonawców, dostawców i sprzętu. Wskazuje na str. 57 oferty (utajnioną), gdzie z treści referencji wynika zarówno technologia jak i sprzęt. Składa pisemne oświadczenie kontrahenta zawierające informację o wzajemnym zastrzeżeniu danych nt. współpracy i wzajemnych umów z przystępującym.

Stwierdza, że także formularz cenowy zawarty w informacji o elementach składowych ceny, mają istotne znaczenie handlowe. Na ich podstawie możliwe jest pozyskanie wiedzy o warunkach współpracy, cenach sprzętu. Wskazuje na orzecznictwo Izby, co do dopuszczalności zastrzegania kalkulacji cenowej, jako zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa. Stwierdza, że przewidziane przeniesienie informacji o składowych do paragrafu 12 umowy nie oznacza, że te informacje będą podlegały odtajnieniu (wyrok MSA IOSK/13) dotyczące art. 5 ust. 2 Ustawy o dostępie do informacji publicznej. Podkreśla, że podejmuje stałe starania w celu ochrony zastrzeżonych informacji, dysponuje świadectwem akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego oraz świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego. Podkreśla, że w odniesieniu do informacji zastrzeżone, są spełnione przesłanki z art. 11 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co oznacza skuteczne dokonanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w dokumentach.

r. prowadzonego

przez Tauron. Zauważa, że w ofercie nie podaje się informacji o producentach, nazwach, typach konkretnych wyrobów. W odniesieniu do stwierdzenia zamawiającego, czy ewentualne odtajnienie dokumentów zastrzeżonych nie będzie mieć wpływu na wynik postępowania, odwołujący stwierdza, czy jako specjalista musi mieć możliwość zbadania realności spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i realności zaoferowanej ceny przedmiotu.

Wnosi o zasądzenie kosztów. Składa fakturę na kwotę 3690 zł.

Zamawiający

Podtrzymuje stanowisko. Wskazuje na zakres odwołania i brak zarzutów, co do ceny rażąco niskiej, jak i wymaganego doświadczenia. Stwierdza, że jako uczestnik rynku ma instrumenty niezbędne do weryfikacji deklarowanego doświadczenia i w tym postępowaniu takie czynności sprawdzające wykonał. Zauważa także, że wykonawca z reguły nie ma bezpośredniego wpływu na treść referencji uzyskanych od innego podmiotu.

Przystępujący

Podtrzymuje stanowisko, iż na tak wąskim specjalistycznym rynku nie jest trudne z cząstkowych danych dowiedzieć się o szeregu informacji mających wartość handlową. Dotyczy to zarówno danych o doświadczeniu, jak i zawartych w formularzu cenowym. Wskazuje na niewielką różnicę cen ofertowych, co ma dowodzić ostrej walki konkurencyjnej.

Przewodniczący:

……