Sygn. akt: KIO 1535/14

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2014 r. przez **Odwołującego** – SITA Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zarząd Transportu Miejskiego, ul. Żelazna 61, 00-848 Warszawa, przy udziale **Wykonawców** –

a) Konsorcjum: AG-COMPLEX Sp. z o.o., POLSUPER Sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
b) "BYŚ" W…….. B……., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu odtajnienie treści oferty Wykonawcy W…… B…… prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "BYŚ" W……. B……
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Zarząd Transportu Miejskiego, ul. Żelazna 61, 00-848 Warszawa i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Zarząd Transportu Miejskiego, ul. Żelazna 61, 00-848 Warszawa na rzecz **Odwołującego** – SITA Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszaw, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 1535/14

UZASADNIENIE

Zamawiający: Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „utrzymanie w czystości przystanków lokalnego transportu zbiorowego w Warszawie będących we władaniu Zarządu Transportu Miejskiego". Ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Dz. Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.04.2014 pod numerem 128212-2014-PL.
Odwołujący SITA Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechania Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie (zwanego dalej „Zamawiającego"), polegających na uznaniu, iż część oferty złożonej przez wykonawcę, W…….. B……. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą BYŚ (zwanym dalej „BYŚ"), dotycząca m.in.: treści zobowiązań podmiotów trzecich, które na zasadzie art. 26

ust. 2b Pzp udostępniły temu podmiotowi zasoby, dokumentów wskazanych w pkt IX. 4 SIWZ odnoszących się do podmiotów trzecich i wskazujące na ich tożsamość, wykazu wykonanych usług wraz z referencjami, - została prawidłowo zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji, odmowy odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu części oferty złożonej przez wykonawcę BYŚ tj.: treści zobowiązań podmiotów trzecich, które na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp udostępniły temu podmiotowi zasoby, dokumentów wskazanych w pkt IX. 4 SIWZ odnoszących się do podmiotów trzecich i wskazujące na ich tożsamość, wykazu wykonanych usług wraz z referencjami. Odwołujący zarzucił naruszenie: art. 8 ust. 1, 2, 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia oferty złożonej przez wykonawcę BYŚ, pomimo że w sprawie nie występują przesłanki do objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych tj. zasady jawności postępowania, art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U.2003, Nr 153, poz. 1503, z późn. zm., zwaną dalej „u.z.n.k") w zw. z art 8 ust. 2 oraz 3 Pzp, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, iż zastrzeżone przez wykonawcę BYŚ w ofercie informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych tj. zasady jawności postępowania, art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art 8 ust. 1, 2 oraz 3 Pzp, poprzez nieuzasadnioną odmowę ujawnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę BYŚ, zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu dokonania weryfikacji oceny oferty, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu odtajnienie w całości oferty złożonej przez wykonawcę BYŚ, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków,

---

Wykonawca BYŚ w złożonej przez siebie ofercie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa: treść zobowiązań podmiotów trzecich, które na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp udostępniły temu podmiotowi zasoby, dokumenty wskazane w pkt IX.4 SIWZ odnoszące się do podmiotów trzecich i wskazujące na ich tożsamość, wykaz wykonanych usług wraz z referencjami w zakresie w jakim poprzez odtajnienie informacji w zawartych w tym wykazie, mogłoby dojść do ujawnienia tożsamości podmiotów trzecich oraz podmiotów, na rzecz których świadczyły one usługi.
Pismem z dnia 26 czerwca 2014 roku Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę BYŚ jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odpowiedzi Zamawiający (22 lipca 2014 roku), odmówił odtajnienia zastrzeżonej części oferty BYŚ uznając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W niniejszej sprawie wykonawca uzasadniając fakt wyłączenia jawności wybranych dokumentów, powołał się na to, iż informacje tam zawarte stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., 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 ich poufności. W konsekwencji, aby dana informacja mogłaby być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione trzy przesłanki. W ocenie Odwołującego informacje zastrzeżone przez Wykonawcę BYŚ jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa z pewności nie spełniają co najmniej dwóch pierwszych przesłanek.
Odwołujący argumentował, że zgodnie z orzecznictwem KIO, nie mogą być zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące realizacji takich prac, które wykonywane były w oparciu o umowę w sprawie zamówienia publicznego. Trudno zakładać, że fakt realizacji zamówienia publicznego został objęty poufnością, natomiast informacja możliwa do pozyskania przez zainteresowany podmiot w zwykły sposób nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wartość danej realizacji (w przypadku realizacji na rzecz podmiotów publicznych) jest znana już po podaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Nawet jeśli informacje dotyczące wartości zamówienia są informacjami przetworzonymi dla potrzeb tego konkretnego postępowania, to jednak

informacje dotyczące wartości tych realizacji są dostępne, w tym nie tylko w trybie dostępu do informacji publicznych. Tym samym utajnianie wartości tych kontraktów realizowanych na rzecz podmiotów publicznych jest w ocenie Odwołującego nieuprawnione. „Informacje

zawarte w wykazie usług, podobnie jak w wykazie osób przede wszystkim mieszczą się w katalogu dokumentów i informacji, których zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego, co do zasady wyklucza w konsekwencji, możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności w całości."
W ocenie Odwołującego, usługi wskazane w „wykazie usług" nie były usługami świadczonymi dla prywatnych odbiorców, a usługami świadczonymi na rzecz podmiotów publicznych, a zatem świadczonymi w oparciu o umowę w sprawie zamówienia publicznego. Skoro informacje kto, za ile i co wykonywał są informacjami dostępnymi dla każdego zainteresowanego i nie mogą być one zastrzegane jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.
Odwołujący wskazywał, że w wykazie zrealizowanych usług powinien być wskazany zarówno odbiorca danej usługi (którym jest podmiot publiczny), jak i wartość usługi, która też jest jawna. Jawna powinna być także treść poświadczeń i innych dokumentów złożonych na potwierdzenie należytego wykonania umów, albowiem tego typu dokument nie zawiera żadnych innych niż jawne z mocy prawa informacji.
Odwołujący wskazał także, że do wykonywania prac opisanych w „wykazie usług" co do zasady niezbędne jest posiadanie dwóch pozwoleń, tj.: zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów wydane w oparciu o ustawę z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych wydane w oparciu o ustawę z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.
Rejestr zezwoleń z ustawy o odpadach, wskazujący dane podmiotu, któremu udzielono takiego zezwolenia, jest prowadzony przez marszałka właściwego województwa (art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach) i jest publicznie dostępny (art. 49 ust. 7 ustawy o odpadach). Drugi rodzaj pozwolenia jest tzw. działalnością regulowaną, a odpowiedni rejestr prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych (por. art. 9b ust. i 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Rejestr taki jest jawny i każdy ma prawo dostępu do niego (por. art. 66 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej). Oznacza to, że każdy podmiot, który wykonywał takie prace figuruje w obu ww. rejestrach i może być z łatwością przez każdego zainteresowanego odnaleziony i zidentyfikowany. W konsekwencji informacja kto realizuje dane prace jest również informacją publicznie dostępną i jako taka nie może być zastrzeżona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że żadna z zastrzeżonych przez Wykonawcę „BYŚ" informacji nie posiada wartości gospodarczej. Wykonawca „BYŚ" wskazał w treści wyjaśnień, jako wartość

gospodarczą możliwość „podkupienia" jego partnerów handlowych. Zdaniem Odwołującego, twierdzenie to jest całkowicie nietrafne, albowiem na tym etapie postępowania, tj. po złożeniu ofert nie jest to już możliwe. Nie jest także możliwa zmian oferty w pkt 5 formularza ofertowego, tj. wskazania podwykonawcy. Odwołujący argumentował, że jedyny argument, o jakim wspomina Wykonawca „BYŚ" na potwierdzenie zasadności dokonania zastrzeżenia jest chybiony, co świadczy o braku wartości gospodarczej. Odwołujący dodatkowo zaznaczył, że kwestia zastrzeżenia informacji jako poufnej w stosunku do podmiotów udostępniających potencjał jest kuriozalna z uwagi na fakt, iż tuż po podpisaniu umowy podmiotu te będą musiały się ujawnić i ich dane nie będą poufne. Z uwagi na to, zastrzeganie ich tożsamości niejako „na chwilę" (czas weryfikacji ofert) wskazuje na cel takiego zastrzeżenia i brak statusu jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
Zdaniem Odwołującego czynność zastrzeżenia została dokonana tylko w celu uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji złożonej oferty.
W ocenie Odwołującego celem Wykonawcy „BYŚ" było wyłącznie ograniczenie możliwości weryfikacji oceny ofert przez konkurencję, a nie ochrona rzekomej tajemnicy

przedsiębiorstwa. Takie działanie nie zasługuje na akceptacje i ochronę.

W ocenie Odwołującego, w niniejszej sytuacji fakt, że Wykonawca „BYŚ" twierdzi, iż dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie przesądza zasadności tego działania, a Zamawiający powinien odtajnić tę ofertę w całości, także z uwagi na brak udowodnienia przez Wykonawcę „BYŚ", iż zastrzeżone przez niego informację mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Odwołujący skonkludował, że Wykonawca „BYŚ" nie wykazał, aby informacje zastrzeżone w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa miały taki charakter. Z uwagi na powyższe, przyjęcie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w części oferty Wykonawcy „BYŚ" uznać należy za niezasadne i nieskuteczne.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu. Wykonawca w postępowaniu, w którym złożył ofertę ma prawo kwestionować każdą czynność i zaniechanie zamawiającego. Przysługuje mu także prawo do wglądu i porównania złożonych w postępowaniu ofert. Zastrzeżenie dokumentów złożonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa uniemożliwia wykonawcy analizę oferty konkurencyjnej celem oceny prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny ofert. Zasadą w postępowaniu jest jego jawność, każdemu z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu przysługuje prawo dokonania wglądu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne. Z tego względu każdemu z wykonawców przysługuje prawo do złożenia odwołania w sytuacji, gdy Zamawiający nie zdecydował się na odtajnienie dokumentów w postępowaniu. Nieodtajnienie przez Zamawiającego dokumentów złożonych w postępowaniu powoduje, że Wykonawca nie ma możliwości skorzystania z przysługującego mu prawa (dokonania wglądu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty oceny czynności konkurencyjne, celem dokonania prawidłowości Zamawiającego, polegającej na ocenie ofert wykonawców w postępowaniu). Tym samym, należy uznać, że Wykonawca, który kwestionuje czynność Zamawiającego polegającą na braku odtajnienia dokumentów innego wykonawcy w postępowaniu, posiada interes w złożeniu odwołania na tę czynność Zamawiającego. Dokonanie wglądu do ofert złożonych przez innych wykonawców w postępowaniu oraz możliwość zaskarżenia czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie ofert w postępowaniu, jest uprawnieniem Odwołującego i w związku powyższym szkoda, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polega na tym, że nie miałby możliwości skorzystania ze swoich uprawnień (o których mowa powyżej).
Izba podziela pogląd, że naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem. Jest to równoznaczne z występowaniem interesu do zaskarżenia takich czynności lub zaniechań.

Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu utajniona została przez Przystępującego treść zobowiązań podmiotów trzecich, które na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych udostępniły temu podmiotowi zasoby, dokumenty wskazane w pkt IX.4 SIWZ, odnoszące się do podmiotów trzecich i wskazujące na ich tożsamość, wykaz wykonanych usług wraz z referencjami w zakresie, w jakim poprzez odtajnienie informacji w zawartych w tym wykazie, mogłoby dojść do ujawnienia tożsamości podmiotów trzecich oraz podmiotów,

na rzecz których świadczyły one usługi. Są to zatem informacje dotyczące wykazu podmiotów, które udostępniły Przystępującemu swój potencjał. Utajnienie tych informacji prowadzi do utajnienia faktu współpracy pomiędzy Przystępującym a podmiotami, które zobowiązały się udostępnić swój potencjał Przystępującemu. Przystępujący wyjaśnił, że informacje te posiadają wartość gospodarczą, pozwalają na ustalenie tożsamości podmiotów, z którymi Przystępujący nawiązał współpracę celem uzyskania, a następnie realizacji przedmiotu zamówienia, a także pokazują, dla jakich podmiotów podmioty współpracujące z Przystępującym świadczą lub świadczyły usługi.
Dalej Przystępujący argumentował, że: „Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami. Z doświadczenia wykonawcy wynika bowiem, że wiedza o podmiotach, z jakimi współpracuje wykonawca może bowiem pozwolić konkurentom m.in. na „podkupienie" tych podmiotów, czy też równoległe korzystanie z ich usług, co pozbawi wykonawcę przewagi konkurencyjnej. Wykonawca poniósł wymierne koszty wyszukując na rynku krajowym i europejskim podmioty, które mogłyby stać się jego współpracownikami przy realizacji przedmiotu zamówienia i czyniąc starania, by podmioty te pozyskały dokumenty niezbędne do tego, by wykonawca mógł ubiegać się o niniejsze zamówienie."

Rozstrzygając niniejszą sprawę, przede wszystkim należy podkreślić, że zasadą postępowania, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość wyłączenia jawności postępowania i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, przewidzianych w ustawie. Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym – w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby w niniejszej nie zostało dowiedzione wystąpienie okoliczności,

uzasadniających zastrzeżenie przez Przystępującego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego, mających uzasadnić przyczyny zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jako argument dla zastrzeżenia tajemnicy swojego przedsiębiorstwa, Przystępujący wskazał możliwość „podkupienia" przez inne podmioty swoich współpracowników oraz podkreślał obawę przed takim podkupieniem. Jako wartość gospodarczą informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Przystępujący wskazał fakt współpracy z określonymi podmiotami. Przystępujący nie wyjaśnił dokładnie, co rozumiał pod pojęciem „podkupienia", jednakże w ocenie Izby przyjąć należy, że należy przez to rozumieć doprowadzenie do sytuacji, w której podmiot dotychczas współpracujący z Przystępującym i użyczający mu swojego potencjału, zerwałby tę współpracę.

W ocenie Izby Przystępujący nie udowodnił, że obawa przed „podkupieniem" podmiotów, z którymi nawiązał współpracę, jest uzasadniona. Nie wykazał przede wszystkim, że zabezpieczył się przed możliwością wystąpienia takiej sytuacji. Skoro bowiem współpraca z określonymi podmiotami i wyłączność tej współpracy ma dla Przystępującego wartość gospodarczą, to ta wartość powinna być chroniona, np. odpowiednimi postanowieniami umów, zawartych przez Przystępującego, z podmiotami, z którymi nawiązał współpracę. Tymczasem z twierdzeń Przystępującego oraz przedstawionych przez niego dokumentów

wynika, że z podmiotami, z którymi współpracuje, Przystępujący zawarł wyłącznie umowy o zachowaniu poufności. Nie zostały natomiast zawarte umowy, określające zasady samej współpracy oraz chroniące przed przedwczesnym jej zerwaniem przez jedną ze stron. Jeżeli Przystępujący zawarł tylko umowy o poufności, to nawet jeżeli fakt współpracy nie zostanie ujawniony, to fakt współpracy, mający dla Przystępującego wartość gospodarczą, pozostaje bez ochrony. Kontrahenci Przystępującego mogą zakończyć współpracę z nim, gdyż Przystępujący nie zawarł z nimi żadnych umów lub porozumień, które chroniłyby Przystępującego przed możliwością zakończenia współpracy z nim. Przystępujący nie przedstawił jednak żadnych umów, porozumień, z których wynikałoby, że zabezpieczył się na taką okoliczność. Co więcej, Przystępujący oświadczył do protokołu, że przedstawione w trakcie rozprawy jako dowód porozumienia dotyczą zachowania poufności, natomiast oprócz tego strony będą zawierały umowy o wykonaniu lub podwykonawstwo, które to umowy nie będą zawierały braku możliwości ich wypowiedzenia. Z powyższego wynika, że Przystępujący nie podjął żadnych działań celem ochrony przed „podkupieniem", a więc nie podjął działań celem ochrony wartości gospodarczej, jaką stanowić ma dla niego wyłączna współpraca z kontrahentami.
W okolicznościach niniejszej sprawy należy także podkreślić, fakt, że Wykonawcy mają

---

możliwość zapewnienia wyłączenia możliwości „podkupienia" poprzez zawarcie odpowiednich umów, porozumień. Takie porozumienia, umowy nie zostały zawarte, należy zatem mieć podstawowe wątpliwości, co do rzeczywistego istnienia obawy Przystępującego o „podkupienie" jego kontrahentów przez inne podmioty. Jak wyżej podkreślono, zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność. W niniejszym postepowaniu Przystępujący „BYŚ" zawarł jedynie umowy ograniczające zasadę jawności postępowania, nie dokonał jednak żadnych innych czynności, które (bez ograniczania zasady jawności w postepowaniu) chroniłyby go przed „podkupieniem". Skoro tak, należy uznać, że Przystępujący „BYŚ" nie wykazał istnienia przesłanki posiadania wartości gospodarczej przez zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje.

Przystępujący wyjaśnił, że informacje o jego kontrahentach posiadają dla niego wartość gospodarczą, gdyż pozwalają na ustalenie tożsamości podmiotów, z którymi Przystępujący nawiązał współpracę celem uzyskania zamówienia. Należy zauważyć, że na obecnym etapie, gdy zostały złożone oświadczenia zgodne z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, brak jest możliwości „podkupienia" kontrahentów. Na tym etapie postępowania Przystępujący nie wykazał także, że ze swoimi kontrahentami zawarł umowę, zastrzegającą dla Przystępującego wyłączność współpracy lub udzielenia potencjału.

Dodatkowo Przystępujący wyjaśnił, że poniósł wymierne koszty w celu zdobycia informacji, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wyszukując na rynku krajowym i europejskim podmioty, które mogłyby stać się jego współpracownikami przy realizacji przedmiotu zamówienia i czyniąc starania, by podmioty te pozyskały dokumenty niezbędne do tego, aby Przystępujący mógł ubiegać się o niniejsze zamówienie. Oświadczenie to podtrzymał w trakcie rozprawy, stwierdzając m.in., że: poniósł koszty celem wyszukania podmiotu, które będą współpracowały z nim przy realizacji niniejszej umowy. Wyjaśnił, że wartość gospodarczą ma nakład pracy, który wykonał celem wyszukania konkretnych podmiotów, a spore środki pochłonęła konieczność wyjazdów poza teren Warszawy w celach negocjacji, jak również połączeń telefonicznych. Przewagę konkurencyjną stanowi baza danych takich podmiotów. Uzyskując takie informacje pozostałe podmioty nie będą musiały podejmować kosztów celem wyszukania podwykonawców, z którymi będą współpracować. Należy zauważyć, że Przystępujący nie wykazał, że faktycznie poniósł deklarowane koszty. Nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu. Co więcej, połączenia telefoniczne, rozmowy, o których wspominał w trakcie rozprawy pełnomocnik Przystępującego, stanowią koszty związane z normalnym prowadzeniem działalności gospodarczej. Są to zwykłe koszty, jakie w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej ponosi przeciętny przedsiębiorca. Nadto, jak podnosił Odwołujący, informacje

---

o podmiotach realizujących zamówienia na rzecz podmiotów publicznych dostępne są on-

line, (są to bowiem podmioty, które realizowały zamówienia na rzecz podmiotu publicznego, zaś dane co do zamówienia są dostępne w oficjalnych dziennikach urzędowych), co znacząco obniża ewentualny koszt lub trudności w pozyskaniu informacji.

Ponadto informacja o podmiotach, które realizują umowę w trybie zamówienia publicznego, z założenia jest jawna. Zatem współpraca pomiędzy podmiotami odbywa się jawnie. Słusznie zauważył Odwołujący, że „kwestia zastrzeżenia informacji jako poufnej w stosunku do podmiotów udostępniających potencjał jest kuriozalna z uwagi na fakt, iż tuż po podpisaniu umowy podmiotu te będą musiały się ujawnić i ich dane nie będą poufne. Z uwagi na to, zastrzeganie ich tożsamości niejako „na chwilę" (czas weryfikacji ofert) wskazuje na cel takiego zastrzeżenia i brak statusu jako tajemnicy przedsiębiorstwa". Każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu publicznym powinien mieć świadomość, że postępowanie takie jest jawne i wszystkie informacje wskazane w ofercie zostaną ujawnione.

Przystępujący w treści wyjaśnień skierowanych do Zamawiającego podniósł, że „(…) informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy oraz relacji łączących go z innymi podmiotami działającymi na rynku. Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami." Należy zauważyć, że ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje jako formę współpracy z wykonawcą podwykonawstwo oraz korzystanie przy realizacji zamówienia z potencjału podmiotu trzeciego. Okolicznością naturalną jest współpraca podmiotów przy realizacji zamówienia. To, że wykonawca będzie realizował zamówienie przy udziale podwykonawców czy podmiotów trzecich jest naturalnym, przewidzianym przez ustawę zjawiskiem. Nie jest to okoliczność nadzwyczajna. Sam fakt udziału podmiotów trzecich przy wykonaniu zamówienia sam w sobie nie oznacza, że wykonawca korzystający z takich podmiotów ma szczególną pozycję konkurencyjną wobec pozostałych wykonawców.
Nie jest więc niczym nadzwyczajnym i nie świadczy o przewadze konkurencyjnej sam fakt współpracy Przystępującego z określonymi podmiotami na rynku, które posiadają doświadczenie, zwłaszcza w sytuacji, gdy inne podmioty składające ofertę posiadają samodzielnie doświadczenie w realizacji zamówienia, na co wskazywał sam Przystępujący „BYŚ". Co więcej, skoro umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest jawna, realizacja zamówienia nie podlega utajnieniu, to i sam fakt współpracy Przystępującego z podmiotami trzecimi stanie się jawny. Zatem argumentacja Przystępującego, jakoby zastrzeżone przez niego informacje stanowiły dane na temat aktywności gospodarczej Przystępującego i relacji łączących go z innymi podmiotami na rynku, przy pomocy których zamierza realizować

zamówienie, nie jest uzasadniona. W świetle uregulowań ustawy Prawo zamówień publicznych, aktywność gospodarcza wykonawców przy realizacji przedmiotu zamówienia i relacje, łączące ich z innymi podmiotami, co do zasady są jawne.
W odniesieniu do danych podmiotów współpracujących z Przystępującym, Przystępujący „BYŚ" nie wykazał, że spełnione są przesłanki umożliwiające uznanie tych danych za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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 ich poufności. Aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą być łącznie spełnione wszystkie trzy przesłanki.
W ocenie Izby, informacje zastrzeżone przez Przystępującego jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, z pewnością nie spełniają przesłanki dotyczącej posiadania wartości gospodarczej przez zastrzeżone informacje. Przystępujący „BYŚ" nie udowodnił, że taką wartość posiadają. W ocenie Izby Przystępujący „BYŚ" nie wykazał, że podjął działania zmierzające do ochrony wartości informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba zauważa, że dokonane zastrzeżenie przez Przystępującego nie dotyczy zasad jego współpracy z podmiotami trzecimi, wzajemnych rozliczeń, ani warunków, na których nastąpić ma udostępnienie potencjału, nie są to zatem informacje wrażliwe. Na obecnym etapie postępowania nie można mówić o możliwości podkupienia wykonawców. Na obecnym etapie postępowania nie można bowiem zmienić podwykonawcy. Warunki, na jakich ma nastąpić

udostępniony potencjał albo podwykonawców musiały zostać określone przed złożeniem oferty przez Przystępującego i wiążą one strony. Skoro tak, to w przypadku rozstrzygnięcia postępowania, podmiot udostepniający potencjał powinien udostępnić potencjał na warunkach określonych przez strony przed złożeniem oferty.

Należy także zauważyć, że dokumenty, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są to dokumenty urzędowe podmiotów udostępniających zasoby, jak wyciągi z Krajowego Rejestru Sądowego, Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, a także listy referencyjne. dokumentów urzędowych, które są jawne i powszechnie dostępne (jak odpis z KRS) lub też wydawane są w celu przedstawienia ich innym podmiotom (zaświadczenia z ZUS i Urzędu Skarbowego, informacje z KRK dla członków zarządu oraz podmiotu zbiorowego), a tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro powyższe dokumenty są jawne, nie jest uprawnione zastrzeganie nieujawniania ich treści w postępowaniu. Jedną z przesłanek ustawowych, niezbędnych do uznania informacji za stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa,

---

jest fakt nieujawnienia tych informacji do wiadomości publicznej. Ta przesłanka nie jest spełniona w stosunku do ww. dokumentów urzędowych.
Adresatami referencji jest zaś nieograniczony krąg podmiotów. Referencje są bowiem ze swej istoty wystawiane z przeznaczeniem dla nieokreślonej liczby podmiotów, które mogą być zainteresowane ich treścią. Gdyby wystawiający referencje nie był zainteresowany ujawnieniem określonych informacji podawanych w treści referencji, wówczas nie wystawiałby referencji określonej treści lub też w treści tych referencji zastrzegłby, że nie mogą być one nikomu udostępnione. W sytuacji zaś, gdy takie okoliczności nie nastąpiły, należy uznać, że treść referencji jest jawna.

W ocenie Izby, nieuzasadnione było zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów zawartych w ofercie Przystępującego. Zamawiający zobowiązany był do gruntownego zbadania zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa każdego z dokumentów. Zdaniem Izby, nie było uprawnione uznanie zasadności zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jedynie na podstawie ogólnych wyjaśnień Przystępującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……