

WYROK
z dnia 27 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Grzegorz Mazurek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 27 października 2008 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez **FEROMA Sp. z o.o. 45-061 Opole ul. Katowicka 39** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Zakład Budżetowy Miasta Poznania 60-770 Poznań, ul. Matejki 57** protestu /protestów* z dnia 15 września 2008 r.

przy udziale **Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Mieszkaniowej S.A 61-884 Poznań, ul. Rybaki 18a** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania skuteczności dokonanego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A z siedzibą w Poznaniu zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji zawartych na str. 150-537 wniosku,

2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Zakład Budżetowy Miasta Poznania 60-770 Poznań, ul. Matejki 57 i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **FEROMA Sp. z o.o. 45-061 Opole ul. Katowicka 39,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **7 845 zł 50 gr** (słownie: siedem tysięcy osiemset czterdzieści pięć złotych pięćdziesiąt groszy) przez **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Zakład Budżetowy Miasta Poznania 60-770 Poznań, ul. Matejki 57** na rzecz **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39.**

Uzasadnienie

Zamawiający, Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Zakład Budżetowy Miasta Poznania prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „zarządzanie zasobem komunalnym Miasta Poznania o łącznej powierzchni 1 444 135,95 m², zgodnie z jego przeznaczeniem, wykonywanie czynności zmierzających do utrzymania zasobu komunalnego w stanie niepogorszonym, na poziomie zapewniającym bezpieczeństwo ludzi i mienia. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2008/S 141-189513) w dniu 23

lipca 2008 r.

W dniu 15 września 2008 r. wykonawca FEROMA Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (zwany dalej także odwołującym) wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na odmowie udostępnienia wglądu do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

2

złożonego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A. z siedzibą w Poznaniu.

W proteście wykonawca zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp”, art. 8 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153 z 2003 r., poz. 1503 t.j. ze zmianami oraz art. 96 ust. 3 Pzp. Wykonawca wniósł w proteście o:

1. odtajnienie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A. w zakresie od strony 150 do strony 537.
2. udostępnienie do wglądu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A. w zakresie części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. od strony 150 do strony 537.

Wykonawca podał w uzasadnieniu protestu, że zamawiający pismem z dnia 4 września 2008 r. doręczonym wykonawcy w dniu 8 września 2008 r. odmówił dostępu do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A. w zakresie od strony 150 do strony 537.

Interes prawny – przesłankę do korzystania ze środków ochrony prawnej wykonawca uzasadnił wskazując, że jest jednym z wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w tej sytuacji uniemożliwienie wglądu do wniosku złożonego przez MPGM S.A. w części zastrzeżonej przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa podczas, gdy zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, może spowodować, że interes prawny wykonawcy dozna uszczerbku. Zdaniem wykonawcy wynika to z faktu, że zapoznając się z treścią wniosku, w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, może powziąć informacje, które staną się podstawą do wniesienia protestu na dalszym etapie postępowania.

Wykonawca podniósł w proteście zarzut, iż informacje, znajdujące się we wniosku MPGM S.A. na stronach od 150 do 537, których jawność została zastrzeżona, zawarte w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie usług zarządzania nieruchomościami wspólnot mieszkaniowych (referencje) nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w związku z tym nie mogą zostać utajnione w trybie art. 8 ust. 3 Pzp. W konsekwencji zamawiający nie zachował w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez nie odtajnienie informacji zawartych we wniosku, zastrzeżonych przez wykonawcę jako rzekoma tajemnica przedsiębiorstwa oraz nie udostępnił pełnej treści wniosku do czego był zobowiązany zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp.

3

Do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu przyłączył się wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A. Wykonawca zawarł w przystąpieniu argumentację na poparcie twierdzenia, że zastrzeżenie zostało dokonane w sposób uzasadniony.

Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu wskazał, że protest został wniesiony z naruszeniem art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 2 Pzp. Zdaniem zamawiającego interes prawny wskazany przez wykonawcę nie znajduje odniesienia do oprotestowanej czynności. Nie dokonano jeszcze czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu wniosków, w związku z czym nie był on formalnie zobowiązany zakończyć badanie wypełnienia przesłanek dotyczących utajnionej części wniosku na podstawie art. 8 ust. 2 Pzp. Protestujący zaskarżył więc zaniechanie zamawiającego, który na tym etapie postępowania przed ostateczną oceną wniosków, nie był zobowiązany zakończyć czynność

badania utajnionej części wniosku. Wykonawca nie ma zatem podstaw do wnoszenia środków ochrony prawnej z żądaniem odtajnienia części niejawnnej i ujawnienia całości wniosku. Udostępnienie zastrzeżonej części wniosku byłoby niezgodne z ustawą przed zakończeniem badania wniosku przez zamawiającego i ewentualnego przełożenia zastrzeżonych dokumentów do części jawnej wniosku.

Zamawiający stwierdził, że udostępnienie zastrzeżonych informacji stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji stosownie do art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto zamawiający oświadczył, że w jego ocenie MPGM S.A. zastrzegając jako niejawną część wniosku spełnił przesłanki dotyczące tajemnicy handlowej jako zastrzeżonej informacji. Dokumenty zawierają między innymi dane nieujawnione publicznie, dotyczące składu osobowego zarządów wspólnot mieszkaniowych, co stanowi informację posiadającą wartość gospodarczą,

W dniu 29 września 2008 r. wykonawca FEROMA Sp. z o.o. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa UZP. Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty zawarte w proteście tj. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 96 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o ponowne dokonanie badania przez zamawiającego zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez MPGM S.A. w zakresie od strony 150 do strony 537, o odtajnienie wniosku w tej części oraz o udostępnienie odwołującemu do wglądu wniosku w części zastrzeżonej. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że odmowa udostępnienia wniosku w części zastrzeżonej spowodowała już naruszenie interesu prawnego odwołującego i może spowodować, że interes prawny wykonawcy dozna dalszego uszczerbku. W ocenie odwołującego wynika to z faktu, że zapoznając się z częścią

4

zastrzeżoną wniosku MPGM S.A. odwołujący może powziąć informacje, które staną się podstawą do wniesienia protestu na dalszym etapie postępowania. Odwołujący podkreślił, że zaskarżył czynność zamawiającego polegającą na odmowie odtajnienia wniosku oraz odmowie udostępnienia odwołującemu do wglądu wniosku w części zastrzeżonej. Odwołujący podniósł, że w wyniku wezwania zamawiającego, pismem z dnia 19 sierpnia 2008 r., do udostępnienia wniosku zamawiający dokonał weryfikacji zasadności utajnienia części zastrzeżonej wniosku MPGM S.A. Efektem tej weryfikacji była odmowa odtajnienia wniosku i odmowa jego udostępnienia wyrażona przez zamawiającego pismem z dnia 4 września 2008 r. Pismo to jest zatem wyrazem odmowy odtajnienia wniosku na skutek dokonania badania przesłanek zasadności utajnienia wniosku przez MPGM S.A. Zdaniem odwołującego, wpłynięcie, od wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu do zamawiającego, żądania udostępnienia części wniosku objętej tajemnicą przedsiębiorstwa powoduje, że zamawiający jest zobowiązany do zweryfikowania zasadności zastrzeżenia tajemnicy i w konsekwencji do odtajnienia wniosku. Czynność powyższa podlega zaskarżeniu w formie protestu.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych na stronach 150 do 537 wniosku MPGM S.A. odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie dotyczy dokumentów zawierających potwierdzenie należytego wykonania usług zarządzania nieruchomościami wspólnot mieszkaniowych tj. referencji. W ocenie odwołującego informacje powyższe nie spełniają warunków, określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie wypełniają także cech tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu orzecznictwa Sądu Najwyższego (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. sygn. I CKN 304/00). Zdaniem odwołującego informacje zawarte w referencjach dotyczących usług zarządzania nieruchomościami wspólnot mieszkaniowych nie posiadają cech informacji o charakterze technicznym, technologicznym, czy organizacyjnym odnoszących do przedsiębiorstwa MPGM S.A. Nie sposób także uznać, że informacje zawarte w referencjach nie zostały wcześniej udostępnione do wiadomości publicznej oraz że podjęto w stosunku do nich działania niezbędne w celu zachowania poufności tych dokumentów. Odwołujący przytoczył cytaty z orzecznictwa ZA na poparcie tezy, że referencje jako dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie mogą zostać objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż prowadzi do naruszenia warunków uczciwej konkurencji.

Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A. zgłosiło przystąpienie do

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację zawartą w aktach sprawy, oryginalną dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba dokonała analizy kwestii dotyczącej spełnienia przez odwołującego przesłanki uprawniającej do korzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 udt. 1 Pzp, tj. wykazania, że interes prawny odwołującego doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 stanowi materialno-prawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej. Brak wykazania tej przesłanki skutkowałoby zatem koniecznością oddalenia wniesionego środka.

Badając kwestię posiadania przez odwołującego interesu prawnego Izba zważyła, że odwołujący jest jednym z wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający odmówił odtajnienia części zastrzeżonej wniosku MPGM S.A. o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od str. 150 do str. 537 tj. listy referencyjne odbiorców usług wykazanych w wykazie usług (str. 136 do str. 145 wniosku). Potwierdzenie się tezy, że Odwołujący w sposób nieuprawniony został pozbawiony przez zamawiającego dostępu do treści wniosku MPGM S.A., oznaczałoby, że został pozbawiony uprawnienia, które mu przysługuje na tym etapie. Jednocześnie należy wskazać, że przyjęcie przeciwnego stanowiska przez Izbę w przedmiotowej sprawie pozbawiłoby odwołującego możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej w tym przedmiocie po upływie terminu na wniesienie protestu.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że odwołujący wykazał, iż jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp może doznać uszczerbku w wyniku zaniechania odtajnienia i udostępnienia przez zamawiającego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części wniosku.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły trzy wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający do chwili obecnej nie dokonał oceny wniosków i nie zawiadomił wykonawców o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Termin składania wniosków upłynął w dniu 19 sierpnia 2008 r.

Z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca FEROMA Sp. z o.o. w dniu 19 sierpnia 2008 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W dniu 28 sierpnia 2008 r. (pismem z dnia 19 sierpnia 2008 r.) wykonawca złożył wniosek do zamawiającego o udostępnienie wniosku złożonego przez MPGM S.A. w zakresie zastrzeżonych informacji niejawnych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zawartych w części wniosku od strony 150 do strony 537.

W ocenie Izby, żądanie powyższe jest równoznaczne z żądaniem odtajnienia części wniosku zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 4 września 2008 r., które odwołujący otrzymał w dniu 8 września 2008 r. poinformował wykonawcę o odmowie udostępnienia zastrzeżonej części wniosku złożonego przez MPGM S.A. na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W toku posiedzenia zamawiający wyraźnie oświadczył, że odmowa powyższa jest równoznaczna z odmową odtajnienia wskazanej części wniosku. W dniu 15 września 2008r. wykonawca złożył protest na odmowę udostępnienia wniosku w części zastrzeżonej wnosząc w proteście o odtajnienie i udostępnienie wniosku. Protest ten należy zatem uznać za złożony wobec odmowy (zaniechania) przez zamawiającego odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, którego konsekwencją było odmówienie dostępu do wniosku w części zastrzeżonej.

W dniu 18 września 2008 r. zamawiający wystąpił pismem do MPGM S.A. o wyrażenie zgody na odtajnienie zastrzeżonych informacji (str. 150 do str 537 wniosku).

W dniu 19 września 2008 r. wykonawca MPGM S.A. zgłaszając przystąpienie do postępowania protestacyjnego ustosunkował się do zarzutu nieuzasadnionego objęcia

tajemnicą przedsiębiorstwa części wniosku.

Izba zważyła, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca MPGM S.A. korzystając z przysługującego mu prawa zastrzegł, w terminie określonym w art. 8 ust. 3 Pzp, że informacje (listy referencyjne) zawarte we wniosku na stronach od 150 do 537 nie mogą być udostępniane, ponieważ stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 96 ust. 3 Pzp nakazuje zamawiającemu udostępnienie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po upływie terminu na ich składanie. Natomiast przepis art. 8 ust. 3 Pzp zakazuje zamawiającemu udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które wykonawca zastrzeże nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje te nie mogą być udostępnione.

Niewątpliwie przepis art. 8 ust. 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do zbadania, czy informacje uznane przez wykonawcę za tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przypadku stwierdzenia bowiem, że zastrzeżenie tajności informacji jest bezpodstawne zamawiający ma obowiązek odtajnić je i udostępnić jako informacje jawne.

Ustawa nie wskazuje w sposób wyraźny terminu, w którym zamawiający jest zobowiązany do podjęcia czynności odtajnienia informacji zastrzeżonych w sposób nieuprawniony. Nie oznacza to, że zamawiający nie może dokonać oceny zasadności zastrzeżenia informacji jako niejawnych wcześniej i uzewnętrznic to w formie stosownej decyzji przed dokonaniem oceny wniosków i zaproszeniem wykonawców do składania ofert.

7

Powyższa ocena została dokonana przez zamawiającego przed dokonaniem oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na skutek żądania odwołującego i w dniu 8 września 2008 r. o decyzji odmowy udostępnienia zastrzeżonej części wniosku, a zatem odmowy jej odtajnienia został powiadomiony odwołujący.

KIO zważyła, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. I KKN 304/00 (OSNC 2001 nr 4, poz. 59) za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana informacja, jeżeli spełnia łącznie warunki: ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa oraz nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Izby informacje zawarte we wniosku na str. 150-537 (listy referencyjne, potwierdzające należyte wykonanie usług) zawierają takie same dane, które zostały uzewnętrznione w wykazie wykonanych usług, załączonym do części jawnej wniosku (str. 136-145). Jediną różnicą, występującą w treści obu dokumentów są dane personalne (imiona i nazwiska oraz w kilku przypadkach adresy prywatne) osób, które reprezentują wspólnoty mieszkaniowe, na rzecz których MPGM S.A. świadczyła usługi.

W myśl przepisów art. 18 i następnych ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokalu (Dz. U. z 2000 r. nr 80, poz. 903 z późn. zm.) wspólnotą mieszkaniową może zarządzać osoba fizyczna lub osoba prawna. Osoby te, w szczególności jeśli wspólnota ustanowiła zarząd, kierują sprawami wspólnoty i reprezentują ją na zewnątrz. Zatem, w ocenie Izby imiona i nazwiska tych osób nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, za wyjątkiem adresów prywatnych reprezentantów wspólnoty.

W myśl uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. III CZP 74/05 Zamawiający bada zasadność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia informacji niejawnych. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie przez Zamawiającego zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Biorąc za podstawę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty odwołującego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby tj. kwotę 181,50 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

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) na niniejszy wyrok /postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

• *niepotrzebne skreślić*