

Chorzów, dnia 09.07.2010r.

ND/DZ/ 1413 /2010

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na „Dostawę energii elektrycznej do Tramwajów Śląskich S.A. w okresie od X.2010r. do V.2011r.” – nr sprawy WI/363/2010.

W związku z pytaniami dotyczącymi przetargu nieograniczonego pn. jw. wyjaśniam:

Pytanie 1

Biorąc pod uwagę treść odpowiedzi na pytanie 6 w Państwa piśmie z dnia 01.07.2010r., które wskazuje na brak możliwości utajnienia przez wykonawcę treści załącznika nr 4 oraz referencji, uwzględniając fakt, że dla naszej Spółki informacje o wartości zamówienia w ilości dziesięciu dostaw do klientów są informacjami spełniającymi przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z definicją art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w zdecydowanej większości są to informacje handlowe niepodlegające podaniu do wiadomości publicznej z niżej wymienionych powodów:

- realizacja usługi nie była dokonana w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych (zamawiający nie wprowadził takiego ograniczenia);
- są to informacje posiadające wartość gospodarczą na rynku konkurencyjnym jakim jest cena sprzedaży energii elektrycznej. Ujawnienie powyższych informacji może znacznie ułatwić analizę potencjału handlowego klienta, a przez posiadanie wiedzy o zużyciu energii elektrycznej w danym okresie co jest praktykowane przy ofertowaniu, również obliczenie ceny jednostkowej energii elektrycznej w realizowanych kontraktach.;
- podjęto wiele działań w celu zachowania poufności. Dane te zawsze przez Wykonawcę były w ofertach utajnione. Jest to praktykowane również przez innych Wykonawców w zawieranych umowach z klientem. Wprowadzane są zapisy o tajemnicy handlowej uniemożliwiające ujawnienie danych klienta o następującej treści:

„1. Strony uzgodniły, że wszelkie informacje dotyczące treści niniejszej Umowy uzyskane od drugiej Strony, a także przedstawicieli i doradców, w związku z wykonywaniem niniejszej Umowy (dalej zwane „Informacjami”) będą traktowane jako poufne oraz że nie będą ujawniane w jakikolwiek sposób, w całości bądź w części, bez uprzedniej pisemnej zgody Strony ujawniającej, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w niniejszym paragrafie.

2. Klient oświadcza, iż w związku z posiadaniem przez (...) – podmiot dominujący w stosunku do (...) – statusu spółki publicznej, wyraża zgodę na przekazanie tej umowy (...) na potrzeby zgodnego z prawem wykonania przez (...) obowiązków informacyjnych wynikających z art. 56 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzenia instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz spółkach publicznych (Dz.U. z 2005 roku, Nr 184 poz. 1539 z późn. zm.) oraz podawania do

publicznej wiadomości informacji dotyczącej podmiotowej umowy w zakresie wskazanym w § 5 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 19 lutego 2009 roku w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartościowych oraz warunków uznania za równoważne informacji wymaganych przepisami prawa państwa nie będącego państwem członkowskim (Dz.U.2009.Nr 33, poz.259 z późn. zm.).

3. Uwzględniając wszelkie przeciwne postanowienia tutaj zawarte, każda ze Stron może ujawnić informacje:

- a) swoim doradcom finansowym, prawnym lub technicznym, na warunkach poufności nie mniej wymagających niż te zawarte w niniejszym paragrafie lub
- b) organowi sądowemu bądź jakimkolwiek organowi administracyjnemu, zgodnie z wymaganiami takiego organu, albo w celu dochodzenia swoich praw lub
- c) na podstawie nakazu administracyjnego lub sądowego, pod warunkiem, że Strona, która ma ujawnić informację niezwłocznie poinformuje drugą Stronę o takim wymogu lub nakazie i zapewni należyłą pomoc drugiej Stronie w jej wysiłkach mających na celu ochronę poufności Informacji lub
- d) których obowiązek ujawnienia wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa”.

Informujemy o niezgodnym z przepisami ustawy zaniechaniu czynności przez zamawiającego, do której jest on zobowiązany na podstawie art. 180 ust. Pzp, w szczególności polegającym na uniemożliwieniu Wykonawcy utajnienie chronionych przez niego danych, a tym samym uniemożliwienie złożenia nie podlegającej odrzuceniu oferty, jest niezgodne a art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zezwalającym na ograniczenie zasad jawności.

W związku z powyższym wnosimy o dokonanie weryfikacji i uznanie zasadności przekazanej wyżej informacji.

Odpowiedź:

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Oznacza to, iż zamawiający jest zobowiązany do upublicznienia faktu rozpoczęcia procedury przetargowej oraz do udostępnienia całej dokumentacji z postępowania. Szczegółowe regulacje w tym zakresie zapewnia ustawa o dostępie do informacji publicznej oraz Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie można w sposób przypadkowy i niczym nieuzasadniony utajniać informacji zawartych w składanych ofertach. Zapoznanie się bowiem z szeregiem dokumentów, na których żądanie zezwala Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. (Dz.U. Nr 226 poz.1817) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie spowoduje ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż część z nich, ze swej istoty, takich treści nie zawiera, a często są one opracowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez zamawiającego w SIWZ, a więc jawne. Tajemnicą przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, są 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 poufności. Informacją taką niewątpliwie jest informacja handlowa mająca wartość gospodarczą. Informacjami takimi są w szczególności informacje nieujawnione do wiadomości publicznej o kontrahentach przedsiębiorcy, wielkości produkcji, czy też podpisanych umowach i kwotach z nich wynikających. Stanowią one niewątpliwie wartość gospodarczą, mającą znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji podmiotu na rynku konkurencyjnym i wypełnią przesłankę określoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający nie nieumożliwia utajnienia przez wykonawcę treści załącznika nr 4 do SIWZ oraz referencji, ale zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Adresatem zakazu ujawniania wiadomości o przymocie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zamawiający, co w związku z brzmieniem art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, nakłada na niego obowiązek zbadania, czy rzeczywiście utajniona informacja ma taki charakter. Jeżeli zdanie zamawiającego będzie odmienne od zdania wykonawcy, nie oznacza to, że treść oferty jest niezgodna z ustawą i stanowi przesłankę jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Takiej kwalifikacji oferty nie może bowiem przesądzać subiektywny przecież stan wiedzy i doświadczenia wykonawcy odnośnie do charakteru zastrzeżonych w niej informacji, a jedynie obiektywne okoliczności świadczące o niezgodności oferty z ustawą. Wymagałoby to jednak wskazania okoliczności przesądzających o takiej niezgodności. W związku z tym uznanie przez zamawiającego bezskuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pewnych informacji powoduje, iż oferta jest przedmiotem oceny, z tym że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które wykonawca objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.

Wykonawca musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadni konieczność ich utajnienia na etapie badania i oceny ofert.

Jednocześnie należy podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zrobili to w sposób uprawniony (wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 745/08; wyrok SO w Kaliszu sygn. akt VII Ca 881/05 z dnia 8.12.2005r.).

Jednocześnie mając na względzie wymogi zawarte w Rozdziale 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwracam się o potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma. W tym celu należy odesłać faksem zwrotnym niniejsze pismo z podpisem i adnotacją „otrzymano dnia”, na numer 32/251-00-96.

Zatwierdził:
Prezes Zarządu-Dyrektor Naczelny
Tadeusz Freisler