

Sygn. akt: KIO/2709/10

WYROK
z dnia 4 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo
Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 16 grudnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Škoda Transportation a.s., Tylova 1/57, 301 28 Pilzno, Republika Czeska (lider konsorcjum); Zamknięta Spółka Akcyjna „Wagonmasz” z siedzibą w Federacji Rosyjskiej, 115 Moskovsky pr., 196084 St. Petersburg (adres do korespondencji: Škoda Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa (lider konsorcjum); Siemens Aktiengesellschaft Osterreich Siemensstrasse 92, 1210 Wiedeń, Austria; Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz (adres do korespondencji: Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Škoda Transportation a.s., Tylova 1/57, 301 28 Pilzno, Republika Czeska (lider konsorcjum); Zamknięta Spółka Akcyjna „Wagonmasz” z siedzibą w Federacji Rosyjskiej, 115 Moskovsky pr., 196084 St. Petersburg (adres do korespondencji: Škoda Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa)** i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Škoda Transportation a.s., Tylova 1/57, 301 28 Pilzno, Republika Czeska (lider konsorcjum); Zamknięta Spółka Akcyjna „Wagonmasz” z siedzibą w Federacji Rosyjskiej, 115 Moskovsky pr., 196084 St. Petersburg (adres do korespondencji: Škoda Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Metro Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę 35 pojazdów sześciowagonowych metra”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 maja 2010 r., nr 2010/S 85-128206.

W dniu 6 grudnia 2010 r. (pismem z tej samej daty.) Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Škoda Transportation a.s. z siedzibą w Republice Czeskiej (lider konsorcjum), Zamknięta Spółka Akcyjna „WAGONMASZ” z siedzibą w Federacji Rosyjskiej, zwanych dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), Siemens Aktiengesellschaft Osterreich z siedzibą w Austrii, Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, zwanego dalej „konsorcjum Siemens”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 16 grudnia 2010 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 16 grudnia 2010 r.) na czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na:

1. nie ujawnieniu informacji zastrzeżonych w ofercie konsorcjum Siemens, mimo iż konsorcjum to we własnych wyjaśnieniach wskazało, że część tych informacji stanowi informację powszechnie dostępną, zaś co do pozostałej części nie wykazało na czym polegają modyfikacje rozwiązań technicznych w stosunku do powszechnie znanych, które miałyby powodować, iż nabierają one waloru tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Siemens pomimo, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu jako oferta niezgodna z SIWZ,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Siemens,
4. nieudostępnieniu w terminach przewidzianych prawem protokołu oraz informacji stanowiących załączniki do protokołu, o których udostępnienie zwracał się Odwołujący,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 – 3, art. 9 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Dz. U. z 2008 r., Nr 188, poz. 1154), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie protokołu postępowania”, oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia wniesionego odwołania.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. ujawnienia informacji zawartych w ofercie konsorcjum Siemens ze względu na niewykazanie posiadania przez nie cech tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
4. wykluczenia konsorcjum Siemens z postępowania oraz odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty,
5. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż:

1. Zamawiający nie ujawnił informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie konsorcjum Siemens i nie podjął „w zasadzie” jakichkolwiek prób wyjaśnienia czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa; mimo zapytania o charakter informacji i wskazania przez konsorcjum Siemens, że ich część stanowi informację powszechnie dostępną, zaś pozostała część objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa, nie wykazując jednocześnie na czym polegają modyfikacje rozwiązań technicznych w stosunku do powszechnie znanych, które miałyby powodować, iż nabierają one waloru tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający bezpodstawnie uznał, że niejawni charakter informacji został potwierdzony;
2. Podczas wyjaśniania kwestii dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum Siemens złożyło informacje w języku niemieckim i języku angielskim, a ponieważ informacje te poddawano ocenie, gdyż stanowiły one o uznaniu zastrzeżenia tajemnicy oraz informacji za zgodne lub niezgodne z treścią SIWZ winny być one złożone bezwzględnie w języku polskim,
3. Zamawiający, dokonując ponownej oceny ofert nie pozyskał wiadomości specjalnych w zakresie porównania mocy silników i obliczeń zużycia energii na cele nietrakcyjne, nie wystąpił także o wyjaśnienie treści oferty konsorcjum Siemens w zakresie uzyskania informacji, która moc silnika została przyjęta przy obliczaniu zużycia energii, powodując, iż nadal nie jest znana moc silnika, którą Zamawiający brał pod uwagę obliczając kryterium zużycia energii,
4. Zamawiający naruszył przepisy o udostępnianiu informacji w toku postępowania, wskazując iż mimo, że w dniu 22 listopada 2010 r. skierował do Zamawiającego wnioski o udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz nieudostępnionych wcześniej wyspecyfikowanych części załączników do tego

protokołu, do dnia wniesienia odwołania dokumentów tych nie uzyskał. Natomiast Zamawiający w dniu 6 grudnia 2010 r. wraz z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty skierował do Odwołującego pismo informujące o nieudostępnieniu żądanych dokumentów z uwagi na to, iż stanowią one wciąż tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 17 grudnia 2010 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo konsorcjum Siemens otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 20 grudnia 2010 r. (pismem z tej samej daty.) konsorcjum Siemens przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 23 grudnia 2010 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu wskazał m.in., iż w trakcie ponownego badania i oceny ofert zweryfikował oświadczenia wykonawców pod kątem posiadania przez nie waloru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zbadał skuteczność zastrzeżenia informacji oznaczonych przez wykonawców jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a także zabezpieczył w sposób nie budzący wątpliwości dokumenty postępowania zawierające treści stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyniku przeprowadzonych czynności stwierdził, iż brak jest podstaw do kwestionowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez konsorcjum Siemens, jak i Odwołującego.

Informacje złożone przez konsorcjum Siemens, tj. informacje w języku niemieckim i języku angielskim, nie są dokumentami czy też oświadczeniami wymaganymi przez Zamawiającego, nie stanowią również części oferty, jak i nie stanowią jej załączników, nie zawierają również informacji żądanych lub wymaganych przez Zamawiającego.

Oдноśnie mocy silnika podniósł m.in., iż podanie więcej niż jednej mocy ciągłej nie ma absolutnego wpływu na obliczenie zużycia energii dla kryterium „zużycie energii elektrycznej” ponieważ podane wartości mocy ciągłej nie są w żaden sposób wykorzystywane do takich obliczeń. Obliczenie zużycia energii przeprowadzane jest w oparciu o pełną charakterystykę rozruchu i hamowania dla danego silnika, a nie w oparciu o pojedyncze punkty charakterystyki. Zamawiający nie określał metodyki obliczeń zużycia energii, a zdefiniował jedynie warunki obliczeń zużycia energii, a nie samą metodykę.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przepisów o udostępnianiu informacji w toku postępowania wskazał, iż niezwłocznie po ustaleniu, które informacje zostały odtajnione, a które nadal stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz po sprecyzowaniu przez Odwołującego w piśmie z dnia 1 grudnia 2010 r., których konkretnie informacji domaga się odtajnienia, zawiadomił Odwołującego, że nie może ujawnić tych informacji, ponieważ nadal stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący nieuprawnionego nie ujawnienia informacji zastrzeżonych w ofercie konsorcjum Siemens jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający, pismem z dnia 24 listopada 2010 r., wezwał konsorcjum Siemens do wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w załącznikach do oferty złożonej w postępowaniu (...) i wyjaśnieniach, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i przepisów art.11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż wykonawca powinien przede wszystkim wykazać spełnienie przez informacje zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu o nieuczciwej konkurencji. W szczególności wykonawca powinien wykazać, jaki charakter mają zastrzeżone informacje oraz jakie wykonawca podjął niezbędne czynności w celu zachowania poufności powyższych informacji. Zgodnie bowiem z przepisami art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, aby dana informacja stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest podjęcie przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności, dających gwarancję niezyskania tajemnicy przez osobę nieuprawnioną. Nadto Zamawiający dodał, iż powyższe informacje i wyjaśnienia mają dotyczyć każdego dokumentu i informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 29 listopada 2010 r., konsorcjum Siemens wskazało m.in., iż „wszystkie informacje zawarte w utajnionej części naszej oferty, tj. na stronach od 298 do 600 odpowiadają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w ustawie zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz spełniają przesłanki tam wskazane, (...).

Informacje utajnione przez konsorcjum w ofercie nie są ujawnione do wiadomości publicznej i zaliczają się do informacji posiadających wartość gospodarczą, w tym zawierają opisy określonych rozwiązań technicznych również dedykowanych dla przedmiotu zamówienia. Konsorcjum podjęło działania w celu zachowania ich w poufności i osoby nieuprawnione nie mogą uzyskać do nich dostępu w sposób inny niż poprzez nielegalne naruszenie tajemnicy.” W piśmie tym (pkt I lit. a) do i)) konsorcjum Siemens także wskazało informacje „ściśle określone” jako informacje nieobjęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Natomiast informacje, które nie zostały wskazane w punkcie I lit. a) do i), zawarte w Części 2 oferty oraz wyjaśnieniach z 29 września 2010 r. i 7 października 2010 r. należy bezwzględnie traktować jako tajemnica przedsiębiorstwa, powyższe następnie uzasadniając (str. 3-6 wyjaśnień z dnia 29 listopada 2010 r.).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż Zamawiający zobowiązany jest, a w tym postępowaniu zobowiązany był także wyrokiem KIO z dnia 16 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2324/10 i KIO 2325/10), zbadać każdy zastrzeżony dokument jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa, biorąc pod uwagę definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która definiuje tajemnicą przedsiębiorstwa i zgodnie z którą tajemnicą przedsiębiorstwa jest:

- 1) informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub innym posiadająca wartość gospodarczą,
- 2) nieujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) w stosunku, do której podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oznacza to, iż Zamawiający, badając prawidłowość zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, był zobowiązany do zbadania prawidłowości zastrzeżenia przez konsorcjum Siemens informacji zawartych w Części 2 oferty oraz w wyjaśnieniach z dnia 29 września 2010 r. i dnia 7 października 2010 r., poprzez zbadanie kumulatywnego zaistnienia ww. przesłanek (z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Informacje zawarte w Części 2 oferty oraz wskazanych wyjaśnieniach udzielonych przez konsorcjum Siemens stanowią bowiem i na obecnym etapie postępowania istotę sporu przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Zastrzeżone informacje, jak konsekwentnie podkreślało konsorcjum Siemens, mają charakter techniczny i technologiczny oraz obejmują doświadczenie i wiadomości przydatne do konkurowania na rynku usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Taki charakter, w jego ocenie, mają informacje objęte w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa, a zawarte na stronach od 298 do 600, z uwzględnieniem zastrzeżenia z punktu I wyjaśnień z dnia 29 listopada 2010 r., przy czym oferta w tej części zawiera na stronach od 298 do 397 oraz od 595 do 600 rysunki techniczne (wymiarowe), schematy i charakterystyki techniczne, a na

stronach od 398 do 594 informacje o obliczeniach parametrów trakcyjnych wynikających z wymagań postawionych wykonawcom w załączniku nr 1 do Specyfikacji Technicznej. Utajnione informacje istotnie dotyczą rozwiązań technologicznych, zaproponowanej koncepcji technicznej opracowanej dla potrzeb tego konkretnego postępowania w odniesieniu do konkretnych wymogów i warunków postawionych przez Zamawiającego. Stanowią więc wartość gospodarczą, w tym także jako pojedyncze dane, podzbiory i jako jeden zbiór powiązanych z sobą danych i jako takie mogą przedstawiać samodzielną wartość handlową w relacjach z innymi producentami, np. w uzyskaniu zamówienia poprzez składanie korzystniejszych ofert w tym zakresie.

Zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo uznał, iż informacje zawarte w Części 2 oferty, jak i w wyjaśnieniach jej treści, mają charakter technologiczny i techniczny. Z treści zastrzeżonych dokumentów wynika bowiem, iż faktycznie zawierają one dane techniczne, dotyczące tego konkretnego, a więc oferowanego w tym właśnie postępowaniu pojazdu i dane te istotnie nie są powszechnie dostępne, gdyż nie mogą być uzyskane przez zainteresowanych, w tym także konkurentów, w zwykłej i dozwolonej drodze, np. na stronie internetowej producenta. Stanowią więc „*know-how*”, który korzysta z ochrony prawnej wyznaczonej przez przepisy ustawowe, w tym ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Faktycznie, co przyznało konsorcjum Siemens, na jego stronach internetowych można uzyskać niektóre informacje na temat konkretnych modułów i systemów zawartych w specyfikacji technicznej złożonej przez niego oferty, np. moc nominalną oferowanego silnika trakcyjnego. Niemniej jednak, w przypadku tego zamówienia, dokonano adaptacji oferowanego obecnie silnika odnośnie istotnych jego parametrów, celem spełnienia wymogów postawionych przez Zamawiającego. Tego rodzaju konfiguracja silnika, jak zaproponowana w niniejszym postępowaniu, nie była nigdy wcześniej ujawniona i oferowana, a okoliczność, iż jeden z elementów obecnie oferowanego silnika był dotychczas znany nie oznacza, iż mogą być ujawnione informacje dotyczące obecnie oferowanego w sytuacji, gdy pozostałe jego elementy zostały skonstruowane dla potrzeb tego postępowania i wolą ich twórcy jako stanowiące „*know-how*” objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. A ponieważ zastrzeżone informacje zawierają rysunki techniczne, jak i informacje o obliczeniach parametrów trakcyjnych oferowanego pojazdu, z uwzględnieniem szczególnych wymagań Zamawiającego i postawionych przez niego warunków ich ujawnienie istotnie umożliwiłoby konkurentom uzyskanie pełnej wiedzy na temat zaproponowanych rozwiązań technicznych. Informacje te, dotyczące wszystkich danych oferowanego pojazdu, dotychczas nie były nigdzie publikowane, a oferowany pojazd nie był wcześniej oferowany w innym postępowaniu. Natomiast modyfikacje dotyczyły wszystkich parametrów silnika w stosunku do tego, którego dane były już ujawnione wcześniej i dotyczyły innych pojazdów, z wyjątkiem jego mocy. Zastrzeżone informacje mają więc

charakter techniczny i technologiczny i tego rodzaju informacje są zastrzeżone przez wykonawców. Informacje takie, w niniejszym postępowaniu, zastrzegł w swojej ofercie również Odwołujący.

Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jak podkreśliło konsorcjum Siemens w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2010 r., zarówno Siemens, jak i Newag S.A. chronią w sposób szczególny w odniesieniu do wszystkich obszarów swojej działalności. Także w tym konkretnym przypadku w odniesieniu do danych wykorzystanych w ofercie dla potrzeb tego konkretnego zamówienia podjęto działania w celu zachowania ich poufności. Szczegóły dotyczące oferowanego pojazdu zna ograniczona liczba osób uprawnionych do dostępu do tajnych informacji, zobowiązana jednocześnie do zachowania poufności poprzez objęcie ich klauzulami poufności. Tak więc, w ocenie Izby, niewątpliwym jest, iż wykonawca ten kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji, a informacje te nie tracą charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo, że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do zachowania poufności. A ponieważ granica między wiadomościami objętymi pojęciem tajemnica przedsiębiorstwa a pojęciem powszechnej, aczkolwiek specjalistycznej wiedzy, niewątpliwie jest nieostra istotne jest także zachowanie się danego wykonawcy, który obowiązany jest podjąć niezbędne czynności w celu zachowania poufności informacji, a takie działania – jak wykazało konsorcjum Siemens – faktycznie zostały podjęte.

Tym samym Izba uznała, iż charakter informacji zawartych w Części 2 oferty konsorcjum Siemens, jak i wyjaśnieniach z dnia 29 września 2010 r. i dnia 7 października 2010 r., jak i działania podjęte przez konsorcjum Siemens uzasadniały objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego jakoby czynności podjęte przez Zamawiającego, a zmierzające do ustalenia czy dane informacje w sposób prawidłowy zostały zastrzeżone jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa miały jedynie charakter pozorny i zdawkowy, a zadane pytania, jak i odpowiedzi udzielone przez wykonawców charakter standardowy. Jak bowiem wynika z akt niniejszego postępowania, w tym protokołu nr 8 z dnia 24 listopada 2010 r. i protokołu nr 9 z dnia 3 grudnia 2010 r., Zamawiający a co już wcześniej ustalono pismem z dnia 24 listopada 2010 r. zwrócił się do konsorcjum Siemens oraz do Odwołującego o wyjaśnienie dokumentów, w których informacje zostały zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający badając kwestie związane z tajemnicą przedsiębiorstwa porusza się w granicach określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tak więc zarzut, iż wezwanie do wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa ma charakter zbyt standardowy w sytuacji, gdy wezwanie to musi się bezwzględnie odnosić do treści wyżej powołanego przepisu jest nieuprawniony. Przepis ten

bowiem definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa i dopiero zaistnienie wskazanych w niej przesłanek pozwala na uznanie, iż określona informacja taką tajemnicą jest objęta. Zamawiający w wezwaniu jednoznacznie podał jakie okoliczności winny być przez wykonawcę wykazane, jak również wskazał jakich dokumentów informacje i wyjaśnienia mają dotyczyć, poprzez uszczegółowienie, iż „dotyczy każdego dokumentu i informacji zastrzeżonych przez wykonawcę”. Takie wezwanie musi się bowiem opierać na przesłankach wyżej powołanego już przepisu i nie można formułować jego treści w sposób, który spowodowałby ujawnienie zawartych w danym dokumencie informacji. Tym samym stwierdzić należy, iż Zamawiający w sposób prawidłowy i nie budzący żadnych wątpliwości sformułował, kwestionowane obecnie przez Odwołującego, wezwanie do wykazania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wezwanie takie otrzymał także Odwołujący jednakże wówczas nie kwestionował jego treści, nie podnosił także jego zbyt standardowego charakteru.

Zbyt standardowego charakteru nie można przypisać także odpowiedzi udzielonej przez konsorcjum Siemens. Wykonawca ten szczegółowo bowiem wyspecyfikował, które informacje zawarte w Części 2 złożonej przez niego oferty, jak również w treści udzielonych wyjaśnień nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Równie szczegółowo opisując, którym informacjom i dlaczego taki charakter przypisano, jak i jakie działania zostały podjęte w celu zachowania ich poufności. Na marginesie należy stwierdzić, nie dokonując jednak oceny zasadności zastrzeżenia w ofercie złożonej przez Odwołującego informacji jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, iż jego (Odwołującego) wyjaśnienia mimo, iż bardziej lapidarne niż te, które złożyło konsorcjum Siemens nie wzbudziły wątpliwości i samego Odwołującego, w tym także – jak należy przypuszczać – co do ich standardowości.

Z pisma Odwołującego z dnia 1 grudnia 2010 r., wbrew jego twierdzeniom, nie wynika rzekoma gotowość do odtajnienia części jego oferty, a pismo to stanowi jedynie wniosek, zresztą jak słusznie podnosił Zamawiający, o odtajnienie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i zawartych w ofercie konsorcjum Siemens.

Zamawiający, jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, dokonał szeregu czynności, które pozwoliły mu na dokonanie oceny czy określone informacje w sposób prawidłowy zostały zastrzeżone przez wykonawców jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak również prawidłowo uznał w stosunku do informacji zawartych w ofercie konsorcjum Siemens, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut drugi, dotyczący naruszenia art. 9 ust. 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż konsorcjum Siemens w załączeniu do pisma z dnia 29 listopada 2010 r. złożyło wydruki ze strony internetowej: [http:// www.vag.de/index.php?id=289](http://www.vag.de/index.php?id=289) VAG

Nürnberg (załącznik nr 1) oraz <http://www.siemens.nl/transportation/getfile.asp?id=39> (załącznik nr 2), przy czym załącznik nr 1 został złożony w języku niemieckim, a załącznik nr 2 w języku angielskim.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, stanowi naruszenie art. 9 ust. 2 ustawy Pzp i winno skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum Siemens.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z treścią art. 9 ust. 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w języku polskim, a tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń, ofert oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

Niewątpliwym jest, iż wydruki ze strony internetowej stanowiły załączniki nr 1 i nr 2 do wyjaśnień udzielnych przez konsorcjum Siemens w zakresie zastrzeżenia przez tego wykonawcę określonych informacji jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyjaśnieniach tych konsorcjum Siemens podało, iż określone informacje dotyczące pojazdu metra typu DT3 dostarczanego przez Siemens są umieszczone na wskazanych stronach internetowych, podkreślając jednocześnie, iż jedyną pokrywającą się daną z danymi silnika obecnie oferowanego jest moc ciągła 140 kW przy 1800 obrotów/min. Niemniej jednak – jak dalej podkreślono - dla tego konkretnego projektu, a więc pojazdu oferowanego w tym postępowaniu, dokonano adaptacji tego silnika odnośnie istotnych parametrów, tak aby całkowicie spełnić wymagania zawarte w Specyfikacji Technicznej, powodując tym samym, iż silnik dedykowany dla przedmiotowego zamówienia będzie w wielu parametrach różnił się od silnika wspomnianego na stronach internetowych. Oznacza to, jak słusznie podniósł Zamawiający, iż przedłożone wydruki nie zawierają żadnych wyjaśnień ani też części wyjaśnień dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż stosowne wyjaśnienia zostały już faktycznie zawarte w piśmie z dnia 29 listopada 2010 r. Okoliczność, iż takie informacje, jak wskazane przez konsorcjum Siemens w cytowanym wyżej piśmie, zamieszczone są na stronie internetowej producenta jest bezsporna, co samo konsorcjum Siemens przyznało w udzielonych wyjaśnieniach. Istotnie KIO w uzasadnieniu cytowanego wyroku wskazało internet jako źródło pozyskiwania informacji przez Zamawiającego, który zobowiązany był sprawdzić czy określone informacje zastrzeżone w ofercie konsorcjum Siemens jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w istocie takimi informacjami są. Niemniej jednak nie nakazywało żądania ich złożenia. Żądania takiego nie wyraził również Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak więc, jak słusznie podniósł Zamawiający, nie stanowią one (wydruki internetowe) ani dokumentów czy też oświadczeń przez niego wymaganych, ani oferty, czy

też części oferty. Przedmiotowe wydruki nie zawierają również żadnych żądanych i wymaganych przez Zamawiającego informacji, a jedynie informacje, które zostały już zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez tego wykonawcę (konsorcjum Siemens). Tak więc w niniejszym staniu faktycznym nie można mówić o naruszeniu art. 9 ust. 2 ustawy Pzp. Niniejsze postępowanie prowadzone było i jest w języku polskim a konsorcjum Siemens wszelkie żądane oświadczenia i dokumenty złożyło w języku polskim bądź wraz z tłumaczeniem na język polski.

Nadto należy wskazać, iż ustawodawca przesłanki odrzucenia oferty odnosi do oferty, a nie do wyjaśnień udzielonych w trybie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp

Zarzut ten więc nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Siemens nie potwierdził się.

Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Siemens jako oferty wariantowej (na skutek podania w ofercie dwóch mocy silnika), jak i wpływu podania tych dwóch mocy silnika na obliczenia stanowiące podstawę do oceny w kryterium „zużycie energii elektrycznej”.

Izba ustaliła także, iż Zamawiający w załączniku nr 1a (str. 8/19) pkt D „Podstawowe rozwiązania konstrukcyjne” określił wymagania dla taboru „silnik trakcyjny/moc ciągła (kW) trwałość łożysk/km/lat/klasa izolacji uzwojeń” a wymagane parametry określił jako „trójfazowy silnik asynchroniczny klatkowy/Moc/-Trwałość łożysk/min. 800 tys. km/min ok. 8 lat/klasa izolacji 200”.

Konsorcjum Siemens na stronie 277 oferty podało „3-fazowy silnik asynchroniczny o mocy 140 kW przy 1800 obrotów/min lub o mocy 160 kW przy 2200 obrotów/min”, natomiast na stronie 394 części niejawniej oferty, wcześniej już w tym zakresie ujawnionej, „nominalna moc: 140 kW lub 160 kW” i „nominalna prędkość: 1800 min⁻¹ lub 2200 min⁻¹”.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwie jeden silnik może mieć więcej niż jedną moc ciągłą, a zależy to od warunków w jakich pracuje i od sposobu sterowania. Powyższe wynika zarówno z oświadczeń złożonych przez Zamawiającego i Przystępującego, jak również stanowiska Odwołującego, który przyznał na rozprawie, iż nie kwestionuje tego, iż ten sam silnik może osiągać różne moce, a kwestionuje jedynie to, iż to oferowany silnik nie może osiągnąć mocy, które zostały wskazane w ofercie konsorcjum Siemens. Dopuszczalność posiadania przez jeden silnik wielu mocy ciągłych wynika przede wszystkim, jak podnosił Zamawiający, z normy CEI IEC 60349-2, w punkcie 3.1.2. „moc znamionowa ciągła” której wskazano „UWAGA” Może być określone kilka mocy ciągłych”. Możliwość podania więcej niż jednej mocy silnika dopuszcza więc powołana norma, a co podkreślił także powołany przez

Zamawiającego biegły prof. S., który w „Wyjaśnieniach do pracy pt. <<Obliczenia teoretyczne. Analiza porównawcza parametrów eksploatacyjnych pojazdów metra w zakresie zużycia energii elektrycznej>> z dn. 26.10.2010 r. w związku z wyrokiem KIO z dn. 16.11.2010 r.”, odwołując się do tej normy wskazał, iż „charakterystyka trakcyjna napędu i hamowania pojazdu zadeklarowana przez firmę Siemens w ofercie i przyjęta do obliczeń przejazdu teoretycznego i zużycia energii jest jednoznaczna (nie wariantowa)”, jednoznacznie stwierdzając możliwość osiągnięcia przez jeden silnik więcej niż jednej mocy i tym samym nie potwierdzając wariantowości złożonej oferty.

Wykonawcy w załączniku nr 1a pkt D-2 tabeli zobowiązani byli podać moc ciągłą oferowanego silnika i taką moc konsorcjum Siemens niewątpliwie podało, oferując jeden silnik o jednoznacznej charakterystyce trakcyjnej. Nieuprawnionym jest więc zarzut, iż w tej pozycji tabeli konsorcjum Siemens podało inną moc niż wymagana przez Zamawiającego.

Natomiast Odwołujący dla dokonywanych obliczeń w celu wykazania wariantowości kwestionowanej oferty przyjmował, zresztą w sposób nieuprawniony, iż napięcie silnika wynosi 750V, mimo iż wymaganej wartości napięcia silnika Zamawiający nie podawał. Wartość tę podawał bowiem w SIWZ jedynie jako wartość napięcia oferowanego pojazdu. Odwołujący dopuszczał możliwość zaoferowania silnika o dwóch różnych mocach, ale pod warunkiem, co podnosił Zamawiający na rozprawie, a czemu Odwołujący nie zaprzeczał, że napięcie silnika będzie mniejsze niż 750V i wyniesie np. 600V.

Na zaoferowanie przez konsorcjum Siemens jednego silnika wskazuje także załączenie przez tego wykonawcę do złożonej oferty, dwóch charakterystyk trakcyjnych napędu i hamowania. W przypadku oferowania dwóch wariantów silnika, czy też dwóch silników koniecznym byłoby złożenie, co konsekwentnie podkreślał Przystępujący na rozprawie, czterech charakterystyk trakcyjnych, a nie tylko dwóch. Tymczasem w ofercie konsorcjum Siemens znajdują się jedynie dwie charakterystyki trakcyjne (str. 396 (rozruchu) i 397 (hamowania) zastrzeżonej części oferty). Wykonawca ten nie zaoferował więc dwóch silników, jak również nie przewidywał jakiegokolwiek wariantowości jednego typu silnika.

A ponadto wskazane przez wykonawców moce ciągłe nie stanowiły kryterium porównania, a jedynie - jak podkreślał Zamawiający - orientacyjną informacją dla Zamawiającego. Porównywane było zużycie energii elektrycznej oferowanego pojazdu, którego dokonywano poprzez badanie prawidłowości danego wyliczenia podanego przez każdego z wykonawców w oparciu o informacje znajdujące się w zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty danego wykonawcy. Obliczenia konsorcjum Siemens dla tego kryterium istotnie znajdują się na stornach 431, 432, 461 i 462 oraz tabelach 2.1 oraz 5.1 zastrzeżonej części oferty, a jedynie podsumowanie tych wyliczeń podano w części jawnej oferty (str. 282 – załącznik nr 1a, część G punkt 7). Oferenci wykonali – zgodnie z wymogami SIWZ - przejazdy teoretyczne, które posłużyły im do wyznaczenia zużycia energii w oparciu

o charakterystyki trakcyjne. Tak więc „obliczenie zużycia energii przeprowadzane było w oparciu o pełną charakterystykę trakcyjną rozruchu i hamowania. I to jednoznacznie zdefiniowana charakterystyka trakcyjna, podana przez oferenta – jak wynika z opinii biegłego „Wyjaśnieniach do pracy pt. <<Obliczenia teoretyczne. Analiza porównawcza parametrów (...)” – przyjęta do obliczeń trakcyjnych wpływa na wartość wynikowego zużycia energii, a nie nominalna moc silnika!”. Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, a jak wynika z wyżej powołanych wyjaśnień do wcześniejszej opinii biegłego, zbadał, wykonując skrupulatnie wyrok KIO, kwestię wpływu podania dwóch mocy ciągłych oferowanego silnika na obliczenia zużycia energii jednoznacznie ustalając, iż nie ma to żadnego wpływu na te obliczenia (zużycia energii). Dokonanie tych obliczeń było obowiązkiem wykonawcy, a Zamawiający jedynie weryfikował prawidłowość podanych w ofertach wykonawców obliczeń zużycia energii, natomiast wyjaśnienia biegłego do wcześniejszej opinii potwierdziły, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż obliczenia zużycia energii elektrycznej dokonane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia są zgodne z wymaganiami i warunkami przedstawionymi przez Zamawiającego.

Zamawiający – jak wyjaśnił m.in. w odpowiedzi na odwołanie – nie określał w SIWZ metodyki obliczenia energii, a jedynie zdefiniował warunki do jej obliczenia, szczegółowo opisując sposób przyznawania punktacji w ramach tego kryterium. Nie określał także warunków zużycia energii na potrzeby nietrakcyjne, gdyż jak konsekwentnie podkreślał, oczekiwał jedynie końcowego wyniku, gdyż jedynie konstruktor pojazdu ma pełną wiedzę, ile i jakich odbiorników nietrakcyjnych zostało zastosowanych w zaprojektowanym przez niego pojeździe. Tym samym za nieuprawnione uznał nadawanie nadmiernej roli zużyciu energii na cele nietrakcyjne w ramach tego kryterium i odnoszenie jej do zużycia energii elektrycznej w sytuacji, gdy faktycznie zużycie energii na cele nietrakcyjne ma jedynie charakter marginalny przy zużyciu energii elektrycznej.

Tak więc argumenty podnoszone przez Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w materiałach niniejszej sprawy, są jedynie jego przypuszczeniami i dywagacjami.

Reasumując Izba stwierdziła, iż konsorcjum Siemens zaoferowało jeden silnik o dwóch mocach ciągłych, a moce te nie miały żadnego wpływu dla obliczeń w kryterium „zużycie energii elektrycznej”.

Zarzut czwarty, dotyczący nieudostępnienia w terminach przewidzianych prawem protokołu oraz informacji stanowiących załączniki do protokołu nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

- pismem z dnia 22 listopada 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący zwrócił się „z prośbą o udostępnienie nieudostępnionych dotychczas

części załączników do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj.:

- informacji zawartych w ofercie konsorcjum Siemens (...) a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności w części dotyczącej silników trakcyjnych i obliczeń zużycia energii,
 - informacji zawartych w wyjaśnieniach i uzupełnieniach, o które konsorcjum Siemens było wzywane na podstawie przepisów ustawy Pzp,
 - pism zamawiającego i odpowiedzi konsorcjum Siemens dotyczących ustalenia przyczyn zastrzeżenia informacji w ofercie konsorcjum Siemens jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
 - opinii sporządzonej przez prof. S. odnośnie zużycia energii elektrycznej, a która to nie posiada klauzuli tajemnicy (...)",
- pismem z dnia 1 grudnia 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł „o odtajnienie informacji dotyczących najważniejszych aspektów odwołania, a dotychczas objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie konsorcjum Siemens, tj.:
- charakterystyki trakcyjnej silników trakcyjnych (...),
 - obliczeniowych i graficznych wydruków zużycia energii elektrycznej dla wskazanego odcinka na drugiej linii metra,
 - pozostałych uzupełniających informacji zawartych w ofercie (...).
- pismem z dnia 6 grudnia 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż nie może ujawnić informacji ujawnienia których domagał się Odwołujący, gdyż po uzyskaniu od konsorcjum Siemens wyjaśnień i informacji dotyczących skuteczności przedmiotowych zastrzeżeń uznał, iż brak jest podstaw do uznania ich za bezskuteczne,
- pismem z dnia 7 grudnia 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł o „pilne udostępnienie protokołu w jego jawnej części tj.:
- informacji zawartych w ofercie oraz jej wyjaśnieniach i uzupełnieniach nie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
 - pism zamawiającego i odpowiedzi konsorcjum Siemens dotyczących ustalenia przyczyn zastrzeżenia informacji w ofercie konsorcjum Siemens jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
 - opinii sporządzonej przez prof. S. odnośnie zużycia energii elektrycznej, a która to nie posiada klauzuli tajemnicy,
 - dokumentu stanowiącego wadium konsorcjum Siemens.
- notatka służbowa z dnia 8 grudnia 2010 r., w treści której stwierdzono, iż przedstawicielowi Odwołującego okazano dokumenty postępowania, które zostały

wyłączone z części niejawnych oraz korespondencję stanowiącą załączniki do protokołu postępowania,

- notatka służbowa z dnia 15 grudnia 2010 r., w treści której stwierdzono, iż przedstawicielowi Odwołującego udostępniono korespondencję z wykonawcami, stanowiącą załącznik do protokołu postępowania,
- notatka służbowa z dnia 15 grudnia 2010 r., w treści której stwierdzono, iż przedstawiciel Odwołującego wpisał błędną datę zapoznania z korespondencją, gdyż zamiast daty „14.12.2010 r.” wpisał „15.12.2010 r.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami jest jawny. Załącznikami do protokołu są wszystkie inne dokumenty składane przez zamawiającego oraz wykonawców w toku postępowania, w tym m.in. oferty, opinie biegłych, wszelkie oświadczenia, a także informacje zebrane w celu wyjaśnienia powstałych wątpliwości co do prawidłowości zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Protokół postępowania udostępniany jest bez żadnych ograniczeń czasowych, a więc już w trakcie jego sporządzania. Inaczej wygląda natomiast udostępnianie załączników do protokołu. I tak oferty udostępniane są od chwili ich otwarcia, a wnioski o dopuszczenie do udziału podlegają udostępnieniu od chwili ich złożenia. Natomiast pozostałe załączniki do protokołu są jawne dopiero od chwili dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Oznacza to tym samym, iż żądane przez Odwołującego, pismem z dnia 22 listopada 2010 r., załączniki do protokołu mogły być udostępnione dopiero od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc dopiero w dniu 6 grudnia 2010 r. Odwołujący w piśmie z dnia 22 listopada 2010 r., jak słusznie podniósł Zamawiający, zawęził swe żądanie, wbrew późniejszym jego (Odwołującego) twierdzeniom, wyłącznie do jednoznacznie wskazanych w żądaniu dokumentów o czym świadczy m.in. sformułowanie „udostępnienie nieudostępnionych dotychczas części załączników do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: (...)” i ich konkretne wyspecyfikowanie, jak również użycie zastrzeżenia „o przekazanie (...) w chwili w której będą one w posiadaniu zamawiającego, tj. po wyjaśnieniu przyczyn zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez konsorcjum Siemens”. Odwołujący w chwili składania żądania powinien był wiedzieć, iż ujawnienie wskazanych dokumentów nastąpić może nie wcześniej niż po dokonaniu przez Zamawiającego określonych czynności, w tym po dokonaniu oceny czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, mimo to podnosił w odwołaniu – wbrew obowiązującym w tym zakresie przepisom - iż dokumenty w sposób sprzeczny z prawem nie zostały mu udostępnione przed terminem wyboru najkorzystniejszej. Należy więc podkreślić, iż nawet, gdyby żądane przez Odwołującego dokumenty objęte

tajemnicą przedsiębiorstwa zostały odtajnione mogłyby być mu (Odwołującemu) udostępnione dopiero od chwili dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 1 grudnia 2010 r., powołanym dopiero na rozprawie, Odwołujący wniósł „o odtajnienie informacji dotyczących najważniejszych aspektów odwołania, a dotychczas objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie konsorcjum Siemens, tj.: (...)” również szczegółowo wskazując o jakie dokumenty i informacje chodzi.

To kolejne pismo istotnie, jak wyjaśnił Zmawiający, dawało podstawę do stwierdzenia, iż stanowi doprecyzowanie żądań wyrażonych pismem z dnia 22 listopada 2010 r., zwłaszcza iż Odwołujący nadal żądał udostępnienia określonych informacji, informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. A ponieważ wówczas – jak zresztą Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie - jeszcze weryfikował oświadczenia wykonawców pod kątem prawidłowości objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa nie mógł jeszcze określić, które informacje podlegają udostępnieniu i udostępnić ich treść Odwołującemu. Tak więc, w tym właśnie czasie, wpływ kolejnego wniosku z konkretnym już żądaniem potraktował i mógł potraktować jako doprecyzowanie wniosku pierwotnego. W piśmie z dnia 6 grudnia 2010 r. odniósł się do tego wniosku, podnosząc iż „po dokładnym zweryfikowaniu stanowisk (...) konsorcjum Siemens w sprawie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w ofertach oraz wyjaśnieniach i uzupełnieniach złożonych przez wykonawców, a także po uzyskaniu (...) wyjaśnień i informacji dotyczących skuteczności przedmiotowych zastrzeżeń (...) nie może ujawnić informacji których odtajnienia domaga się Škoda Transportation s.a.”, dodając także iż brak jest podstaw do uznania bezskuteczności zastrzeżenia informacji, które konsorcjum Siemens objęło tajemnicą przedsiębiorstwa.

Istotnie w kontekście stanowiska Odwołującego, który podniósł, iż pismo z dnia 1 grudnia 2010 r. nie stanowiło doprecyzowania żądań określonych w piśmie z dnia 22 listopada 2010 r. należy stwierdzić, iż Zamawiający istotnie nie udostępnił Odwołującemu tych informacji, których Odwołujący żądał w piśmie z dnia 22 listopada 2010 r., a które nie były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. pism Zamawiającego i odpowiedzi konsorcjum Siemens dotyczących ustalenia przyczyn zastrzeżenia informacji w ofercie konsorcjum Siemens jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a które taką tajemnicą nie zostały objęte. Odwołujący zastrzegł bowiem w ich treści, iż wnosi o ich udostępnienie po wyjaśnieniu przyczyn zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez konsorcjum Siemens, jednak sugerując iż wyłącznie tego typu informacjami jest zainteresowany. Niemniej jednak Odwołujący dostęp do tych informacji uzyskał i mimo, iż z opóźnieniem, nie spowodowało to wbrew jego twierdzeniom braku możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej. W złożonym odwołaniu, jak i stanowisku prezentowanym na rozprawie Odwołujący szczegółowo odnosił się do tych właśnie informacji. Informacje takie, a więc wszelkie

informacje, które nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak i zawierające informacje nią objęte, które z dokumentów takich pochodzą, zostały mu udostępnione bezzwłocznie na skonkretyzowany już wniosek z dnia 7 grudnia 2010 r., co wynika z treści notatek z dnia 8 i 15 grudnia 2010 r. Zamawiający nie odmawiał ich udostępnienia.

Co do braku udostępnienia Odwołującemu „opinii sporządzonej przez prof. S. odnośnie zużycia energii elektrycznej, a która to nie posiada klauzuli tajemnicy” Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego, stwierdzając iż przedmiotowa opinia istotnie mimo, iż nie jest objęta tajemnicą nie może w pełnym zakresie zostać udostępniona wykonawcom ze względu na to, jak zresztą słusznie podniósł Zamawiający, iż w swej treści zawiera informacje zastrzeżone przez wykonawców jako informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym samym w zakresie żądanym przez Odwołującego, w piśmie z dnia 22 listopada 2010 r., nie mogła być udostępniona.

Reasumując stwierdzić należy, iż Zamawiający dopełnił obowiązków ciążących na nim, a dotyczących udostępnienia protokołu, określonych w § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 16 października 2008 r. (Dz. U. z 2008 r., Nr 188, poz. 1154), a więc stawiany mu zarzut nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 16 października 2008 r. (Dz. U. z 2008 r., Nr 188, poz. 1154) wskazanych we wniesionym odwołaniu.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o ujawnienie na rozprawie tej części oferty konsorcjum Siemens, która dotyczy zużycia energii elektrycznej i charakterystyk technicznych silnika w zaoferowanym pojeździe oraz nie stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa opinii prof. S. i wyjaśnień do tej opinii uznając, iż informacje dotyczące oferty konsorcjum Siemens prawidłowo zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Natomiast opinia prof. S. i wyjaśnienia do tej opinii (w części niejawnej) dotyczą informacji zastrzeżonych w ofertach wykonawców jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Dlatego też Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, iż KIO jako organ powołany do rozpoznania niniejszej sprawy – zgodnie z treścią wyroku ETS z 14 lutego 2008 r. w sprawie o sygn. akt C 450/06 - powinna zachować poufność informacji zawartych w aktach sprawy, jak i prawo wykonawcy do przestrzegania tajemnicy handlowej w stosunku do informacji zawartych w ofertach konkurujących wykonawców, zastrzeżonych w ofertach obu wykonawców jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba oddaliła także wnioski Odwołującego o powołanie biegłego z zakresu pojazdów kolejowych na okoliczność stwierdzenia czy w świetle wiedzy technicznej możliwe jest aby ten sam silnik osiągał moc ciągłą 160 kW przy 2200 obrotów/min. i jednocześnie osiągał moc 140 kW przy 1800 obrotów/min przy napięciu 750V, uznając iż jego powołanie prowadziłoby jedynie do zwłoki.

Izba oddaliła także wniosek Odwołującego o zweryfikowanie przez biegłego czy ocena oferty konsorcjum Siemens w kryterium „zużycie energii elektrycznej” jest prawidłowa, gdyż ocena oferty danego wykonawcy, a więc jej prawidłowości z postawionymi wymogami i warunkami należy do Zamawiającego a nie do biegłego.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 16 października 2008 r. (Dz. U. z 2008 r., Nr 188, poz. 1154) wskazanych we wniesionym odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....