

Sygn. akt: KIO 1262/13

WYROK

z dnia 12 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Thales Polska Sp. z o.o., Thales Austria GmbH, 60-701 Poznań, ul. Zachodnia 15** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., Zakład Automatyki Kolejowej-Grupa KZA Sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., 30-552 Kraków, ul. Wielicka 28** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie załącznika 1A do IDW w ofercie Krakowskich Zakładów Automatyki S.A., Zakład Automatyki Kolejowej-Grupa KZA Sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., 30-552 Kraków, ul. Wielicka 28 jako tajemnicy przedsiębiorstwa
2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Thales Polska Sp. z o.o.,**

Thales Austria GmbH, 60-701 Poznań, ul. Zachodnia 15 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Thales Polska Sp. z o.o., Thales Austria GmbH, 60-701 Poznań, ul. Zachodnia 15** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 1 na ciągu linii E20/CE20, odcinek Kunowice - Warszawa”*

Postępowanie toczy się po otwarciu ofert, ale przed wyborem najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego.

Z informacji podanych w trakcie otwarcia ofert wykonawcy dowiedzieli się, że część ofert wykonawców została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca – konsorcjum firm Thales Polska Sp. z o.o., Thales Austria GmbH,/ dalej „odwołujący”/ wobec zaniechania przez zamawiającego ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm Alstom Konstal S.A. z siedzibą w Chorzowie i Alstom Belgium S.A. z siedzibą w Brukseli oraz konsorcjum firm Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie, Zakład Automatyki Kolejowej - Grupa K.Z.A. z siedzibą w Krakowie oraz Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ww. ofertach w zakresie załącznika nr 1A do IDW - Wykaz wymaganego iloczynu zamknięć torowych.

Wnosząc przedmiotowe odwołanie zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, poprzez naruszenie:

- art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.; dalej zwanej: "ustawą znk") poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum ALSTOM oraz Konsorcjum KZA, tj. dokumentów pn. "Wykaz wymaganego iloczynu zamknięć torowych" jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo iż takie informacje, jako nie mające charakteru technicznego, technologicznego ani organizacyjnego konsorcjantów oraz nie posiadające istotnej wartości gospodarczej za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy ZNK uznane być nie mogą,
- art. 87 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ALSTOM i Konsorcjum KZA do złożenia wyjaśnień dotyczących zasadności zastrzeżenia Wykazu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo iż możliwość uznania informacji zawartych w tym dokumencie za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy ZNK jest co najmniej wątpliwa,
- art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców oraz bezprawne uniemożliwienie Odwołującemu zapoznania się z treścią Wykazów załączonych do ofert Konsorcjum ALSTOM i Konsorcjum KZA.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych przez Konsorcjum ALSTOM i Konsorcjum KZA Wykazów ewentualnie, na wypadek nie uwzględnienia żądania podniesionego w pkt 2 powyżej
3. nakazanie Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum ALSTOM oraz Konsorcjum KZA do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zastrzeżenia treści Wykazów jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Na wstępie rozprawy odwołujący cofnął zarzuty kierowane wobec zamawiającego dotyczące oferty wykonawcy - Konsorcjum ALSTOM, gdyż zamawiający umożliwił mu wgląd w zastrzeżoną część oferty tego wykonawcy w zakresie objętym przedmiotowym odwołaniem.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał iż. zastrzeżone przez Konsorcjum KZA wykazy wymaganego iloczynu zamknięć torowych niewątpliwie nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy ZNK.

Informacje te nie mają bowiem charakteru technicznego, technologicznego ani organizacyjnego przedsiębiorcy oraz nie posiadają wartości gospodarczej (inne niż możliwość weryfikacji oferty wykonawcy w ramach niniejszego postępowania przetargowego).

Nie zawierają one żadnych zapisów wskazujących na stosowane przez konsorcjantów rozwiązania techniczne lub technologie ani też rozwiązania czy systemy organizacyjne. Nie dotyczą one żadnej sekretnej wiedzy czy tzw. "know-how" konsorcjantów, ani też nie zdradzają żadnych istotnych wiadomości na ich temat lub na temat szczegółów prowadzonej przez nich działalności.

W treści zastrzeżonych dokumentów zostały jedynie podane w sposób określony liczbowo wartości (iloczynu zamknięć torowych), które pozwalają w sposób ogólny i abstrakcyjny oszacować zakres przewidywanych zamknięć torowych wymaganych przy realizacji niniejszego zamówienia publicznego.

Ujawnienie takich zastrzeżonych informacji nie doprowadzi do uzyskania przez przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną (w tym m.in. przez Odwołującego) jakiegokolwiek szczególnej wiedzy o stosowanych przez Konsorcjum KZA technikach,

wykorzystywanych czy rozwijanych technologiach albo o ich organizacji.

Wskazane iloczyny zamknięć torowych stanowią informacje opracowane wyłącznie na użytek jednostkowego i konkretnego postępowania przetargowego i w żaden sposób nie nadają się do wykorzystania przez konkurentów poza niniejszym postępowaniem.

Ich zastrzeżenie nie było zatem podyktowane potrzebą zabezpieczenia informacji stanowiących tzw. "know-how" konsorcjantów, lecz wynikało wyłącznie z chęci utrudnienia innym wykonawcom udziału w postępowaniu oraz weryfikacji jego prawidłowości. Dotyczą one jednego z kryterium oceny ofert - a więc tego aspektu procedury zamówienia publicznego, który ma szczególnie istotne znaczenie dla jego prawidłowości. Podane w zastrzeżonych Wykazach przez Konsorcjum KZA informacje niewątpliwie będą rzutowały na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej. Zastrzeżenie takiej informacji niewątpliwie prowadzi do ograniczenia uprawnień Thales w Postępowaniu.

Do postępowania skutecznie przystąpił wykonawca Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., Zakład Automatyki Kolejowej-Grupa KZA Sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., 30-552 Kraków, ul. Wielicka 28 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp .

W odpowiedzi na opozycję odwołującego co do braku interesu wykonawcy Siemens, w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała, że odwołujący uprawdopodobnił (art. 185 ust.4 Pzp), że wykonawca Siemens nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia na korzyść strony, do której przystąpił. Izba wskazuje, iż interes o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp winien mieć charakter realny a nie hipotetyczny, gdyż tylko w takim wypadku udział danego podmiotu jako uczestnika postępowania odwoławczego należy uznać za czyniący zadość jego uzasadnionym interesom prawnym i faktycznym. Tymczasem wykonawca Siemens, argumentując swój interes w przystąpieniu

do postępowania po stronie zamawiającego, wskazał iż jego interesem w przystąpieniu jest dbanie o prawidłowy przebieg procedury postępowania odwoławczego i przeciwdziałaniu pieniactwu procesowemu ze strony odwołującego.

Na wstępie rozpatrywania zasadności podniesionych zarzutów odwołania zasadne jest odniesienie się do stanowiska zamawiającego oraz przystępującego Konsorcjum KZA SA dotyczącego przedwczesnego wniesienia odwołania i tym samym konieczności jego oddalenia bez potrzeby rozpatrywania podnoszonych zarzutów. W tym zakresie podniesiono, że odwołanie powinno być wniesione dopiero od czynności odmowy udostępnienia informacji, czyli w tym wypadku najwcześniej w terminie biegnącym od otrzymania przez odwołującego pisma z 5 czerwca 2013 r. w którym to został poinformowany przez zamawiającego o udostępnieniu do wglądu części zastrzeżonej oferty Konsorcjum ALSTOM i odmowie udostępnienia w tym zakresie do części oferty Konsorcjum KZA. Tym samym wniesienie odwołania w dniu 27 maja 2013r., zdaniem zamawiającego i przystępującego było przedwczesne, gdyż zostało wniesione wcześniej niż w tym zakresie zajął stanowisko zamawiający.

Rozpatrując powyższy zarzut co do terminu wniesienia odwołania wskazać należy iż bezspornym w sprawie jest fakt, że otwarcie ofert nastąpiło w dniu 10 maja 2013 roku, a także to iż w dniu 17 maja odwołującemu umożliwiono wgląd w oferty wykonawców w trakcie którego dowiedział się, że części ofert wykonawców objętych zarzutami odwołania została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący w nawiązaniu do powyższego faktu złożył w dniu 27 maja 2013 r. wniosek o udostępnienie części utajnionej ofert. W odpowiedzi na ten wniosek zamawiający pismem z 5 czerwca 2013 r. poinformował odwołującego o odmowie udostępnienia we wnioskowanym zakresie części oferty Konsorcjum KZA.

Izba odnosząc się do tej sytuacji wskazuje, że w odniesieniu do tzw. odtajnienia oferty, przy obliczaniu terminu na wniesienie odwołania związanego z zaniechaniem takiej czynności zasadniczą trudnością jest określenie daty rozpoczęcia jego biegu. Powyższe związane jest z ogólnym brakiem w ustawie Prawo zamówień publicznych jakiegokolwiek dookreślenia czy wskazania tego typu czynności, ich formy czy stosownego momentu ich dokonania i poinformowania o tym wykonawców.

Tym samym należy przyjąć za początek biegu terminu na wniesienie odwołania najwcześniejszy możliwy termin w jakim zamawiający zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach mógł zweryfikować, a wykonawcy mogli się o jego ustaleniach w tym przedmiocie oraz woli dalszego postępowania z ofertą w tym zakresie dowiedzieć. Dla odwołującego był to niewątpliwie termin 17 maja gdyż w tym dniu zamawiający udostępnił wykonawcy tylko część oferty wykonawcy KZA SA informując, że w pozostałym zakresie ofertą została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. A więc była to niewątpliwie czynność

zamawiającego z której na danym etapie postępowania wynikała wola utrzymania części oferty tego wykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazać należy, że inną byłaby sytuacja gdyby w trakcie zapoznawania się z ofertą wykonawcy KZA SA odwołujący został poinformowany przez zamawiającego, że decyzja co do udostępnienia lub nie ww. części oferty zostanie podjęta po przeprowadzeniu badania przez zamawiającego zasadności utajnienia części oferty. Z żadnych dokumentów ani stanowiska zamawiającego prezentowanego na rozprawie nie wynika iż przekazał odwołującemu taką informację.

Wobec powyższego, zdaniem Izby, zarzucanie wniesionemu odwołaniu przedwcześnieści jego wniesienia jest nieuzasadnione i tym samym podlega ono merytorycznemu rozpoznaniu.

Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia również fakt, że w rzeczywistości zamawiający nie dokonał odtajnienia tej części oferty wykonawcy KZA SA. Tym samym oddalenie odwołania jako przedwczesnego w sytuacji kiedy Izba miała do oceny stan faktyczny w postaci decyzji o utajnieniu części oferty przez zamawiającego – zgodnie ze stanowiskiem wskazanym w piśmie z dnia 5 czerwca 2013 roku, należałoby uznać za nieracjonalne i zmierzające do przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Na wstępie rozpatrywania zasadności zarzutu odwołania co do zasadności uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa załącznika nr 1A do IDW podnieść należy, że definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem 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.

Z brzmienia tego przepisu wynika, że aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

- 1) informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa i posiadać wartość gospodarczą (informacja może mieć inny charakter niż techniczny, technologiczny lub organizacyjny, ale także pod warunkiem posiadania wartości gospodarczej),
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) przedsiębiorca podjął w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Aby uznać daną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, wszystkie powyższe przesłanki winny zostać spełnione łącznie.

Przyczyny dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winny mieć charakter na tyle zobiektywizowany, by możliwa była ich weryfikacja zgodnie z

obowiązującymi przepisami. Art. 8 ust. 1 P.z.p. nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady. Wyjątek stanowi art. 8 ust. 3, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Nieujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, musi być interpretowana ściśle i tym samym podlegać kontroli, w tym kontroli za pomocą środków ochrony prawnej. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady jawne i z dokumentacji postępowania, w tym ze złożonych przez wykonawców ofert, winno wynikać, jakie czynności zostały podjęte w toku postępowania i w oparciu o jakie informacje zamawiający podejmują poszczególne decyzje. Zasada jawności jest jedną z naczelných norm, na których opiera się całe Prawo zamówień publicznych. Każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości prowadzonego postępowania i w efekcie może prowadzić do unieważnienia postępowania.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem. Tym samym to na zamawiającym który ze swego twierdzenia wywodzi skutki w postaci możliwości wyłączenia spod kontroli wykonawców części oferty danego wykonawcy, spoczywa ciężar dowiedzenia przed Izbą, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa co do części oferty jest zasadne. Natomiast zamawiającemu, na jego wniosek zasadność takiego zastrzeżenia winien dowieść podmiot który takiego zastrzeżenia tajemnicy dokonał

Tym samym to na zamawiającym spoczywa bezwzględny obowiązek sprawdzenia czy dokonane zastrzeżenie jest zasadne i spełnia wymogi z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ciężar udowodnienia faktu, należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania odwoławczego obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego. (podobnie wyrok SN z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07).

Przenosząc powyższe uwarunkowania prawne na grunt przedmiotowej sprawy w kontekście uwzględnienia zarzutu odwołania wskazać należy iż zamawiający nie wykazał dlaczego uznał zastrzeżenie załącznika nr 1A do IDW jako spełniającego warunki z art. 11 ust 4 ustawy znk. Próba posiłkowania się dla uzasadnienia swojego stanowiska treścią wyjaśnień wykonawcy KZA SA jest zdaniem Izby niewystarczająca gdyż pismo to z oprócz

analizy stanu prawnego kiedy możliwe jest utajnienie części oferty nie zawiera żadnych konkretnych wyjaśnień co do załącznika nr 1A w aspekcie spełnienia przesłanek z art. 11 ust 4 ustawy znk.

Tym samym Izba uznaje, że wyjaśnienia wykonawcy KZA SA mają charakter pozorny, między innymi z powodu zbyt ogólnikowego opisu spełniania przesłanek ustawowych oraz lakoniczności uzasadnienia podstaw mających uzasadnić uznanie tegoż załącznika za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W trakcie rozprawy zamawiający wskazał także, że powodem dla uznania przedmiotowego załącznika za tajemnicę przedsiębiorstwa był również fakt iż w piśmie wyjaśniającym z 3 czerwca 2013 roku wykonawca KZA nie wyraził zgody na ujawnienie zastrzeżonych informacji, jak również wskazał, iż w przypadku jego odtajnienia zamawiającemu grożą z tego tytułu sankcje karne. Wobec takiej sytuacji zamawiający stwierdził, że dokonując oceny wyjaśnień wykonawcy KZA SA uznał, że zastrzeżone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i w tym zakresie przychylił się do stanowiska konsorcjum KZA.

Także z cytowanego pisma zamawiającego do odwołującego z dnia 5 czerwca 2013 roku w sposób jednoznaczny wynika, że podstawą nieujawnienia treści załącznika na 1A do IDW było, cyt. „Zamawiający nie może udostępnić do wglądu wykazu wymaganego iloczynu zamknięć torowych Wykonawcy „Konsorcjum KZA S.A. - ZAK Sp. z O.O. - BPK Sp. z o.o”, biorąc pod uwagę:

* *brak zgody Wykonawcy na odtajnienie ww. dokumentu, który na Nasze wystąpienie z 27 maja 2013 roku w całości podtrzymał stanowisko w zakresie zastrzeżenia poufności danych objętych w wykazie wymaganego iloczynu zamknięć torowych, oraz*

* *sankcje o charakterze cywilnym (odszkodowawczym) oraz karnym grożące Zamawiającemu w przypadku uznania przez Wykonawcę, że odtajnienie przedmiotowego dokumentu stanowiło zagrożenie lub naruszenie istotnych interesów przedsiębiorcy”.*

Z powyższego pisma w żaden sposób nie można wywieść iż za uwzględnieniem wniosku o utajnienie załącznika 1A przemawiały jakiegokolwiek względy merytoryczne.

Odnosząc się do powyższej sytuacji Izba wskazuje, że dla prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezbędne jest przestrzeganie przepisów ustawy Pzp na każdym etapie jego postępowania. W szczególności dotyczy to zamawiającego który jako dysponent środków publicznych na dane zamówienie winien w sposób szczególny dbać o ich racjonalne wydatkowanie i udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu w zgodzie z przepisami Pzp. Zamawiający nie może ulegać jakimkolwiek naciskom ze strony wykonawców. Nadto wskazać należy, że nieprawidłowość czynności zamawiającego może wynikać również z zaniechania podjęcia określonych działań – w tym przypadku zaniechania pełnego wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy

przedsiębiorstwa załącznika 1A do IDW.. Takie zaniechanie może być również podstawą do roszczeń odszkodowawczych wykonawcy wobec zamawiającego, gdyż zamawiający nie ustalając w sposób pełny zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów oferty nie jest w stanie w postępowaniu przed Izba, prowadzonym - zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności wykazać czy zastrzeżenie treści oferty jest zasadne czy też nie.

Izba ponadto dokonując oceny treści załącznika 1A wykonawcy KAZ SA stwierdza, że brak jest podstaw do uznania treści tego dokumentu – zastrzeżonego w tym postępowaniu tylko przez tego wykonawcę, za tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, że dane tam zawarte podają jedynie w sposób określony liczbowo wartości zamknięć torowych, które pozwalają w sposób ogólny i abstrakcyjny oszacować zakres przewidywanych zamknięć torowych przez tego wykonawcę przy realizacji niniejszego zamówienia publicznego.

Podane tam iloczyny zamknięć torowych stanowią informacje opracowane wyłącznie na użytek jednostkowego i konkretnego postępowania przetargowego i w żaden sposób nie nadają się do wykorzystania przez konkurentów poza niniejszym postępowaniem. Zdaniem Izby zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mogłyby być ewentualnie wyliczenia i opis metodologii w jaki sposób dany wykonawca uzyskał takie wartości iloczynu zamknięć torowych, a nie sam wynik obliczeń.

Za zasadne Izba uznaje stanowisko odwołującego iż w sytuacji kiedy załącznik ten podlega punktacji – (max10 pkt) wykonawcy winni mieć możliwość poddania analizie realność podanych tam wartości, tzn. czy zaoferowana ilość zamknięć jest możliwa do zastosowania w praktyce.

Tym samym uznanie przez zamawiającego tegoż załącznika za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać za i merytorycznie niezasadne.

W związku z dokonanym ustaleniem przez Izbę, że zamawiający faktycznie wystąpił do wykonawców o udzielenie wyjaśnień co do zasadności zastrzeżenia wykazu z załącznika 1A, chociaż miało to miejsce po otrzymaniu kopii odwołania, rozpatrywanie tego zarzutu naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 w tej sytuacji należy uznać za niezasadne.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący