

WYROK
z dnia 10 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Daniel Konicz
Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych z siedzibą w Trzeciewnicy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, reprezentowanego przez Oddział Podkarpacki z siedzibą w Rzeszowie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. D. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SELUCH D. S. z siedzibą w Pruszczu, 2. Rail Service Group Sp. z o. o. z siedzibą w Dąbrówce Wielkiej**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - „Przewozom Regionalnym” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, reprezentowanemu przez Oddział Podkarpacki z siedzibą w Rzeszowie:**
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**

- b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie informacji, odnoszących się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. D. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SELUCH D. S. z siedzibą w Pruszczu, 2. Rail Service Group Sp. z o. o. z siedzibą w Dąbrówce Wielkiej w następującym zakresie:
- dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego, odnoszących się do następujących osób: J. P. K., J. K., K. B., D. S., informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnoszącej się do Rail Service Group Sp. z o.o., wykazu usług, sporządzonego na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do siwz wraz z dokumentami referencyjnymi,
 - stron 8 i 9 złożonej oferty.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **„Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, reprezentowanego przez Oddział Podkarpacki z siedzibą w Rzeszowie** i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych z siedzibą w Trzeciewnicy** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od zamawiającego **„Przewozów Regionalnych” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, reprezentowanego przez Oddział Podkarpacki z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz wykonawcy **P. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych z siedzibą w Trzeciewnicy** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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:
.....
.....

UZASADNIENIE

„Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, reprezentowana przez Oddział Podkarpacki z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie przeglądów z trzeciego poziomu utrzymania PU3-2 dla autobusów szynowych serii SA 135-013 i SA 135-014”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 094-214309 w dniu 18 maja 2018 r.

W dniu 14 czerwca 2018 r. Zamawiający, drogą elektroniczną, przekazał wykonawcy P. M., prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych z siedzibą w Trzeciewnicy (dalej: „Odwołujący”) informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. D. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SELUCH D. S. z siedzibą w Pruszczu, 2. Rail Service Group Sp. z o. o. z siedzibą w Dąbrówce Wielkiej (dalej: „Przystępujący” lub „Konsorcjum Rail Service”). Natomiast oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu.

W dniu 13 czerwca 2018 r. drogą elektroniczną Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania oraz oferty Konsorcjum Rail Service. W dniu 14 czerwca drogą elektroniczną Zamawiający udostępnił Odwołującemu protokół postępowania oraz część oferty Konsorcjum Rail Service, tj. strony od 1 do 5 (cała oferta ma zawierać łącznie 9 stron). Następnie, również w dniu 14 czerwca 2018 r., po otrzymaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący wystąpił drogą elektroniczną do Zamawiającego o udostępnienie JEDZ złożonych przez Konsorcjum Rail Service oraz dokumentów złożonych przez konsorcjum Rail Service w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1

Pzp. W dniu 15 czerwca 2018 r. Odwołujący wystąpił drogą elektroniczną do Zamawiającego o udostępnienie pozostałych stron oferty Konsorcjum Rail Service. W dniu 18 czerwca 2018 r. drogą elektroniczną Zamawiający udostępnił Odwołującemu:

1. skan stron 6 i 7 oferty Konsorcjum Rail Service, wskazując jednocześnie co do reszty oferty, że: „strony 8 i 9 są objęte ochroną danych osobowych (Rozporządzenie UE 3016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. tzw. „RODO)“;
2. skan JEDZ złożonych przez Konsorcjum Rail Service;
3. skan dokumentów, złożonych przez Konsorcjum Rail Service w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp, przy czym Zamawiający wskazał, że udostępnia ww. dokumenty „za wyjątkiem objętych ochroną danych osobowych (Rozporządzenie UE 3016/679 z dnia 27.04.2016 tzw. RODO) i klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa””.

W dniu 25 czerwca 2018 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. czynności badania i oceny ofert wynikiem, której było uznanie przez Zamawiającego, że oferta złożona przez Konsorcjum Rail Service jest najkorzystniejszą ofertą;
2. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Rail Service, tj. części dokumentów i informacji złożonych przez Konsorcjum Rail Service w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp;
3. zaniechania udostępnienia dokumentów objętych rzekomą ochroną danych osobowych wynikającą z Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, Dz. Urz. UE L z 2016 r. nr 119, s. 1 - dalej: „RODO” - tj. strony 8 i 9 oferty Konsorcjum Rail Service oraz części dokumentów złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419) – dalej: „u.z.n.k.”, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia), wskazanych w odwołaniu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Rail Service, pomimo że Przystępujący nie wykazał, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k.;
2. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 i 2 Pzp w związku z przepisami RODO, przez zaniechanie udostępnienia dokumentów, objętych ochroną danych osobowych, tj. strony 8 i 9 oferty Konsorcjum Rail Service oraz części dokumentów złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp;
3. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Rail Service niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Rail Service, która została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza oferta;
- powtórzył czynność badania i oceny ofert;
- odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty i informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Rail Service, tj. część dokumentów i informacji złożonych przez Konsorcjum Rail Service w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp;
- niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty objęte ochroną danych osobowych, tj. strony 8 i 9 oferty Konsorcjum Rail Service oraz część dokumentów złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśniał, że:

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Odwołujący podnosił, że w dniu 18 czerwca 2018 r. drogą elektroniczną Zamawiający udostępnił jemu m.in. skan dokumentów złożonych przez Konsorcjum Rail Service w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał przy tym, że udostępnia ww. dokumenty „za wyjątkiem objętych ochroną danych osobowych (Rozporządzenie UE 3016/679 z dnia 27.04.2016 tzw. RODO) i klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa””. Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie wyjaśnił, które z dokumentów, złożonych przez Konsorcjum Rail Service zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a które są objęte ochroną danych osobowych. Z porównania dokumentów udostępnionych Odwołującemu z zamieszczoną w specyfikacji (§ 7 ust. 2 i 3) listą dokumentów, które wykonawca musi przedłożyć na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp, wynikało, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu:

- a) informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla trzech członków zarządu i prokurenta Rail Service Group Sp. z o.o.;
- b) informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana D. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „SELUCH” D. S., będącego członkiem Konsorcjum Rail Service;
- c) wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert oraz dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący zakładał, że Konsorcjum Rail Service nie zastrzegło ww. informacji z Krajowego Rejestru Karnego jako tajemnicy przedsiębiorstwa i że podstawą ich nieudostępnienia przez Zamawiającego jest rzekoma ochrona danych osobowych. Jeżeli jednak było inaczej, tzn. Konsorcjum Rail Service zastrzegło ww. informacje z Krajowego Rejestru Karnego jako tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazywał, że takie zastrzeżenie było wadliwe i bezpodstawne. Odwołujący wyjaśniał, że informacje z Krajowego Rejestru Karnego miały jedynie

potwierdzać brak prawomocnego skazania za konkretne przestępstwa wskazane w ustawie, a zamieszczone w nich informacje nie są i nie mogą być informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą.

Odwołujący również zakładał, że Konsorcjum Rail Service zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz wykonanych usług oraz dowody określające, czy te usługi zostały wykonane należycie. Zdaniem Odwołującego Zamawiający najwyraźniej respektuje powyższe zastrzeżenie i mimo jednoznacznego ustawowego obowiązku nie udostępnił Odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum Rail Service dokumentów i informacji. Takie postępowanie Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, stanowi oczywiste naruszenie przepisów ustawy. Odwołujący powołując się na orzecznictwo Izby wskazywał, że wśród dokumentów udostępnionych brak jest jakiegokolwiek dokumentu, zawierającego uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia i wykazanie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego powyższe oznaczać może jedną z dwóch rzeczy:

1. Konsorcjum Rail Service w ogóle nie uzasadniło dokonanego zastrzeżenia, nie mówiąc już o wykazaniu, że zastrzegane dokumenty faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co samo w sobie przesądza o konieczności ich ujawnienia (odtajnienia). Oczywiście konsekwencją niewykonania przez Konsorcjum Rail Service obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia jest obowiązek Zamawiającego odtajnienia nieskutecznie zastrzeżonych dokumentów i informacji;
2. uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia wraz z wykazaniem, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, również zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący twierdził, że jeżeli mamy do czynienia z sytuacją opisaną w pkt 2, to pomijając poważne wątpliwości co do dopuszczalności zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa także uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia, wskazać trzeba, iż bardzo wątpliwe jest, aby w zastrzeżonym uzasadnieniu Konsorcjum Rail Service faktycznie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego jest wielce prawdopodobne, że w

zastrzeżonym uzasadnieniu Konsorcjum Rail Service ograniczyło się do nic nie wnoszących do sprawy ogólników, wręcz frazesów. Jest też wielce prawdopodobne, że zastrzeżone uzasadnienie nie zawiera praktycznie żadnych konkretnych informacji i niczego nie wyjaśnia, w szczególności Konsorcjum Rail Service nie wyjaśniło w nim nawet, czy zastrzeżone przez niego informacje to informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne przedsiębiorstwa, względnie inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Jeżeli natomiast Konsorcjum Rail Service w zastrzeżonym uzasadnieniu powołało się na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, to jest wielce prawdopodobne, że w żaden sposób tego twierdzenia nie uzasadniło, nie mówiąc już o wykazaniu jego prawdziwości.

W opinii Odwołującego w niniejszej sprawie Konsorcjum Rail Service zapewne nie wyjaśniło Zamawiającemu ani nie wykazało, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzeżone informacje pozostaną niejawne. Jeśli nawet Konsorcjum Rail Service w zastrzeżonym uzasadnieniu wskazało na poufność zastrzeżonych informacji i na podjęcie działań zabezpieczających w celu zachowania tej poufności, to zapewne w żaden sposób nie wykazało, iż jego twierdzenia odpowiadają rzeczywistości. Jest wielce prawdopodobne, że konsorcjum Rail Service nie przedstawiło żadnych dowodów, że jego relacje z odbiorcami usług wskazanych w wykazie usług są faktycznie poufne, w szczególności nie wykazało w żaden sposób, że faktycznie poufność tą zabezpieczyło za pomocą odpowiednich klauzul umownych czy umów o zachowanie poufności. Tymczasem takie wykazanie powinno nastąpić jednocześnie z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący był niemal pewny, iż Konsorcjum Rail Service nie przedstawiło Zamawiającemu żadnych dowodów potwierdzających zasadność zastrzeżenia ww. dokumentów i informacji. Przystępujący ograniczył się zapewne wyłącznie do zdawkowych i gołosłownych twierdzeń i zapewnień składanych Zamawiającemu, mimo że przynajmniej część okoliczności mających uzasadniać dokonane zastrzeżenie można było bez trudu wykazać przedstawiając odpowiednie dowody, np. istnienie odpowiednich klauzul umownych czy umów o zachowanie poufności. Jeżeli Konsorcjum Rail Service powołało się w zastrzeżonym uzasadnieniu na takie umowy, to umowy te, a przynajmniej wyciągi z nich, powinny zostać przedstawione Zamawiającemu. Podkreślić trzeba, że elementem konstytuującym tajemnicę przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu

zachowania określonych informacji w poufności. W ocenie Odwołującego jest niemal pewne, że Konsorcjum Rail Service podjęcia takich działań w żaden sposób nie wykazało.

Niezależnie od tego, że Konsorcjum Rail Service nie wykazało powyższych okoliczności, zdaniem Odwołującego podkreślić trzeba jeszcze, że samo zawarcie umowy o zachowaniu poufności (jeżeli w ogóle miało miejsce) nie dowodzi istnienia przesłanki posiadania wartości gospodarczej przez informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Innymi słowy zawarcie umowy o zachowaniu poufności nie kreuje jeszcze tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż trzeba wykazać istnienie wszystkich pozostałych elementów wyliczonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., czego w opinii Odwołującego konsorcjum Rail Service bez wątpienia nie uczyniło.

Odwołujący w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy twierdził, że nie ma żadnych wątpliwości, iż Zamawiający winien odtajnić (ujawnić) dokumenty i informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Rail Service, tj. wykaz usług wraz z dowodami, gdyż Przystępujący zastrzegając ww. dokumenty i informacje nie wywiązał się z obowiązku jednoczesnego wykazania, że zastrzegane dokumenty i informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego w ocenie Odwołującego zachodzą co najmniej uzasadnione podejrzenia, że ww. dokumenty i informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Rail Service w ogóle nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k. Tym samym ich zastrzeżenie było i jest bezpodstawne.

W ocenie Odwołującego dokumenty i informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Rail Service nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu u.z.n.k., dlatego też Zamawiający winien je odtajnić. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie w jaskrawy sposób naruszy obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Odwołujący podnosił, że w polskich realiach właścicielami autobusów szynowych i podmiotami zlecającymi usługi obejmujące swym zakresem czynności co najmniej trzeciego poziomu utrzymania autobusów szynowych są podmioty publiczne, tj. zamawiający w rozumieniu Pzp, którzy wykonanie takich usług zlecają w ramach udzielanych zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę powyższe, w

ocenie Odwołującego zachodzi bardzo duże prawdopodobieństwo, że usługi wskazane w zastrzeżonym wykazie usług zostały wykonane przez Konsorcjum Rail Service, tudzież przez jego poszczególnych członków, w ramach realizacji zamówień publicznych. Innymi słowy jest niezwykle prawdopodobne, że Konsorcjum Rail Service powołało się na doświadczenie uzyskane przez wykonawcę albo przez podwykonawcę zamówienia publicznego. W obu ww. przypadkach zastrzeżone informacje nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są jawne i dostępne dla wszystkich zainteresowanych. Informacje o wybranych wykonawcach zamówień publicznych są zamieszczane m.in. w urzędowych, jawnych publikatorach, tj. w Biuletynie Zamówień Publicznych i w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Z kolei informacje o podwykonawcach i częściach zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, są standardowo żądane w ofertach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia, a oferty te, zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp, są jawne od chwili ich otwarcia. Co więcej, informacje na temat podwykonawców i zakresu podwykonawstwa są standardowo zamieszczane w umowach w sprawach zamówień publicznych. Odwołujący podkreślał, że zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy umowy o zamówienia publiczne są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Odwołujący wyjaśniał, że informacja, czy w realizacji danego zamówienia brał udział podwykonawca i jaki był zakres jego podwykonawstwa niewątpliwie stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 r. (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 1764 ze zm.). Skoro tak, to taka informacja jest dostępna dla każdego zainteresowanego w trybie wniosku o udostępnienie informacji publicznej, zgodnie z art. 10 ww. ustawy.

Podsumowując, Odwołujący wskazywał, że nie sposób uznać, aby informacje zawarte w zastrzeżonym wykazie usług czy dowodach mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje takie, obejmujące nazwę odbiorcy usługi, przedmiot usługi, termin realizacji oraz wartość, nie mają charakteru informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa i są dostępne publicznie.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że jeżeli przyjąć nawet, iż w zastrzeżonym wykazie usług nie zostały opisane usługi wykonane przez wykonawcę albo przez podwykonawcę zamówienia publicznego, to sama okoliczność, iż dana usługa została wykonana na rzecz podmiotu prywatnego, nie

uzasadnia jeszcze w żaden sposób zastrzeżenia informacji na jej temat jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzegając wykaz usług wraz z dowodami Konsorcjum Rail Service musiałoby odnośnie każdej opisanej w wykazie usługi wykazać, że wszystkie przesłanki zastrzeżenia jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione. Samo stwierdzenie, że określone usługi zostały zrealizowane na rzecz podmiotu prywatnego, bez wątplenia nie stanowi wykazania przesłanek dopuszczalności zastrzeżenia.

Odwołujący podkreślał również, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał.

Odwołujący podsumowując twierdził, że zaniechanie przez Zamawiającego zweryfikowania podstaw zastrzeżenia przez Konsorcjum Rail Service wykazu usług wraz z dowodami stanowi poważne naruszenie przepisów ustawy. Jest bowiem bardzo prawdopodobne, że zastrzeżone dokumenty i informacje nie zawierają żadnych informacji, które zasługiwałyby na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez Konsorcjum Rail Service ww. dokumentów i informacji nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym Odwołującemu, weryfikacji złożonych dokumentów. Poprzez bezprawne ich zastrzeżenie Konsorcjum Rail Service chce uniemożliwić innym wykonawcom - sprawdzenie, czy faktycznie uczyniło zadość obowiązkowi wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

II. Zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 i 2 ustawy w związku z przepisami RODO.

Odwołujący zakładał, że Konsorcjum Rail Service nie zastrzegło ww. informacji z Krajowego Rejestru Karnego jako tajemnicy przedsiębiorstwa i że podstawą ich nieudostępnienia przez Zamawiającego jest rzekoma ochrona danych osobowych. W przypadku strony 8 i 9 oferty Konsorcjum Rail Service nie ma żadnych wątpliwości w tej kwestii, gdyż w dniu 18 czerwca Zamawiający wskazał wprost na taką podstawę odmowy ich udostępnienia, stwierdzając, że: „strony 8 i 9 są objęte

ochroną danych osobowych (Rozporządzenie UE 3016/679 z dnia 27.04.2016 tzw. RODO)". Odwołujący podnosił, że z analizy oferty Konsorcjum Rail Service wynika, że na str. 8 i 9 oferty znajduje się pełnomocnictwo udzielone przez Rail Service Group Sp. z o.o. Panu J. T., wiceprezesowi zarządu Rail Service Group Sp. z o.o., który samodzielnie podpisał ofertę Konsorcjum Rail Service jak i wszystkie pozostałe oświadczenia i dokumenty złożone przez Przystępującego.

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący wskazywał, że powołanie się przez Zamawiającego na ochronę danych osobowych i na RODO w żadnym wypadku nie usprawiedliwia nieudostępnienia Odwołującemu ww. dokumentów. Z żadnego przepisu RODO nie wynika, że Zamawiający prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest uprawniony do nieudostępniania wykonawcom dokumentów zawierających dane osobowe, zwłaszcza zaś dokumentów stanowiących oferty czy inne jawne załączniki do protokołu postępowania. Odwołujący twierdził, że po wejściu w życie RODO nadal obowiązują i nie zostały zmienione przepisy art. 8 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 96 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wyjaśniał, że Urząd Zamówień Publicznych opracował „Wskazówki dotyczące prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem regulacji RODO”. Powyższe „Wskazówki”, zamieszczone na stronie internetowej UZP, dotyczą m.in. szczególnie chronionych danych osobowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym dokumencie wskazano mianowicie, że: „Szczególne zasady RODO dotyczące ograniczeń w przetwarzaniu danych osobowych odnoszące się do wyroków skazujących i naruszeń prawa (informacje o skazaniach konkretnych osób i o innych naruszeniach prawa przez konkretne osoby) wymagają wprowadzenia ograniczeń w przetwarzaniu tych danych, zwłaszcza w ich udostępnianiu. Kierując się treścią procedowanych obecnie przepisów ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia 2016/679 oraz w nawiązaniu do przewidzianego przepisami ustawy Pzp uprawnienia zamawiających do pozyskiwania takich informacji od wykonawców, zarówno w ramach przedstawianych przez nich informacji z KRK. jak również w ramach instytucji tzw. self-cleaninaw. Zalecamy udostępnianie przez zamawiających takich danych tylko tym podmiotom, którym przysługuje prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej, a także zobowiązanie osób, które są uprawnione do przetwarzania takich danych (również po

stronie zamawiającego), do zachowania poufności w zakresie uzyskanej w ten sposób wiedzy".

Zdaniem Odwoływającego, w świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że ochrona przez Zamawiającego nawet szczególnie chronionych danych osobowych, odnoszących się do wyroków skazujących i naruszeń prawa nie może polegać na odmowie ich udostępnienia wykonawcy. W opracowaniu wskazano wprost, że informacje z KRK przedstawione przez wykonawców powinny być udostępniane przez zamawiających tym podmiotom, którym przysługuje prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej, a takim podmiotem jest niewątpliwie Odwoływający. Jedynym ograniczeniem jest zobowiązanie osób, które są uprawnione do przetwarzania takich danych, do zachowania poufności w zakresie uzyskanej w ten sposób wiedzy. Tym samym odmowa udostępnienia Odwoływającemu informacji z KRK złożonych przez Konsorcjum Rail Service nie ma żadnych podstaw. Tak samo nie ma żadnych podstaw odmowa udostępnienia Odwoływającemu pełnomocnictwa udzielonego przez Rail Service Group Sp. z o.o. panu J. T., wiceprezesowi zarządu Rail Service Group Sp. z o.o., znajdującego się na str. 8 i 9 oferty, gdyż pełnomocnictwo to w ogóle nie zawiera szczególnie chronionych danych osobowych, w szczególności nie zawiera informacji o skazaniach konkretnych osób i o innych naruszeniach prawa przez konkretne osoby. Co więcej, przynajmniej część danych osobowych, zawartych w nieudostępnionych Odwoływającemu dokumentach znajduje się jednocześnie w innych dokumentach złożonych przez Konsorcjum Rail Service i udostępnionych Odwoływającemu. Przykładowo, złożony przez Konsorcjum Rail Service i udostępniony Odwoływającemu odpis z KRS dla Rail Service Group Sp. z o.o. zawiera imiona i nazwiska oraz numery PESEL trzech członków zarządu i prokurenta Rail Service Group Sp. z o.o., które to dane zapewne znalazły się też w informacjach z KRK dla ww. osób. Co więcej, Pan D. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SELUCH” D. S., będący członkiem Konsorcjum Rail Service, jest jednocześnie członkiem zarządu Rail Service Group Sp. z o.o., zatem również jego dane osobowe znajdują się w ww. odpisie z KRS. Wreszcie w złożonych przez Konsorcjum Rail Service i udostępnionych Odwoływającemu dokumentach JEDZ członkowie Konsorcjum Rail Service zadeklarowali, że nie zachodzą wobec nich jakiegokolwiek podstawy wykluczenia z postępowania, zatem złożone informacje z KRK zawierają zapewne informacje o niekaralności ww. osób. Z kolei odnośnie pełnomocnictwa udzielonego

przez Rail Service Group Sp. z o.o. Panu J. T. podkreślić trzeba, że pan J. T. jest wiceprezesem zarządu Rail Service Group Sp. z o.o., zatem jego dane osobowe również znajdują się w ww. odpisie z KRS. Nie jest też żadną ustawowo chronioną tajemnicą jakie stanowisko zajmuje pan J. T. w Rail Service Group Sp. z o.o., gdyż również tą informację podano w ww. odpisie z KRS.

Ponadto Odwołujący twierdził, że jeżeli nawet nieudostępnione Odwołującemu dokumenty zawierają jakieś dodatkowe dane osobowe trzech członków zarządu i prokurenta Rail Service Group Sp. z o.o., np. adres miejsca zamieszkania, to nie ma i nie było przecież żadnych przeszkód, aby tych dodatkowych danych (i tylko tych dodatkowych danych) Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu, np. zacytował je w przesłanych Odwołującemu skanach dokumentów. Natomiast dokumenty jako takie powinny zostać Odwołującemu udostępnione, zwłaszcza że zawierają dane osobowe, które znajdują się jednocześnie w innych dokumentach złożonych przez Konsorcjum Rail Service i udostępnionych Odwołującemu, tj. zawierają imiona, nazwiska i nr PESEL. Wreszcie wskazać trzeba, że jest po prostu niemożliwe, aby nieudostępnione Odwołującemu dokumenty zawierały wyłącznie dane osobowe (ich treść stanowiły jedynie dane osobowe). W ocenie Odwołującego jest pewne i oczywiste, że nieudostępnione Odwołującemu dokumenty zawierają jeszcze jakąś inną treść niż dane osobowe i ta treść niewątpliwie powinna zostać udostępniona Odwołującemu. Przepisy RODO nakazują bowiem chronić dane osobowe, a nie dokumenty zawierające dane osobowe, zwłaszcza przez ich nieudostępnianie w całości.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Rail Service niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wyjaśniał, że powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Ponieważ zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien odtajnić (ujawnić) i udostępnić jemu dokumenty i informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Rail Service, jak również udostępnić dokumenty objęte ochroną danych osobowych, nie sposób przyjąć, że wybór oferty Konsorcjum

Rail Service nastąpił zgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący podnosił, że nie sposób wykluczyć, że znając treść dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Rail Service, tudzież znając treść dokumentów objętych rzekomo ochroną danych osobowych, Odwołujący wniósłby odwołanie, w którym zakwestionowałby prawidłowość badania i oceny oferty Konsorcjum Rail Service, w szczególności zaniechanie jej odrzucenia, względnie zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Rail Service z postępowania.

Zamawiający w dniu 6 lipca 2018 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron i Przystępującego złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami. W treści pisma Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

W jego treści zwracał uwagę, że na realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 1 335 502,00 zł . Oferta Odwołującego opiewa na kwotę 1 533 150,00 zł. Zamawiający nie ma możliwości przeznaczenia na realizację zamówienia takiej kwoty, stąd Odwołujący nie ma możliwości uzyskania zamówienia. Wobec powyższego twierdził, że Odwołujący nie legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, ponieważ w sytuacji potwierdzenia się zarzutów odwołania nie ma możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji.

W złożonym piśmie już na wstępie Zamawiający wskazywał, że w wyniku ponownej analizy dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Rail Service, przed rozprawą, tj. w dniu 6 lipca 2018 r. Zamawiający dokonał odtajnienia i udostępnił Odwołującemu następujące informacje i dokumenty:

1. w zakresie wykazu usług (załącznik nr 5 do SIWZ):
 - a) poz. 2 wykazu tj. usługi przeglądu poziomego P3-2 dwuczłonowego autobusu szynowego o wartości umowy brutto 922.500,00 zł i terminie realizacji 05-01-2018, wykonanej na rzecz Przewozów Regionalnych Sp. z o.o. w Warszawie
Oddział Lubuski z siedzibą w zielonej Górze, ul. Ułańska 3 wraz z dokumentem referencyjnym z dnia 22 lutego 2018 r.

- b) poz. 1 wykazu w części dot. przedmiotu umowy oraz wartości umowy brutto, tj. usługi przeglądu poziomu P3-2 dwuczłonowego autobusu szynowego o wartości umowy brutto 578.100,00 zł.

Tym samym Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w zakresie odmowy odtajniania i udostępnienia informacji zawartej w poz. 1 wykazu usług w zakresie daty realizacji umowy oraz podmiotu na rzecz którego usługa została wykonana wraz dokumentem referencyjnym potwierdzającym należyte wykonanie usługi wskazanej w pkt. 1 wykazu.

2. Informacje z Krajowego Rejestru Karnego przekazane przez Konsorcjum firm: Rail Service Group Sp. z o.o. oraz „SELUCH” D. S..

Jednocześnie Zamawiający nie zgadzał się z argumentacją podnoszoną w odwołaniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. w stosunku do pozostałych informacji i dokumentów, które nie zostały odtajnione i udostępnione i w tym zakresie uznając ją za nietrafną.

Zamawiający twierdził, że zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nastąpiło jednocześnie. Zdaniem Zamawiającego należało zauważyć, że Konsorcjum Rail Service przekazało informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jednocześnie, tj. w dniu uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 1 ustawy dokumentów na wezwanie Zamawiającego. Stąd uznanie przez Zamawiającego, że zasada jednoczesnego wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa została przez Konsorcjum Rail Service dochowana.

W opinii Zamawiającego nie sposób jest zgodzić się również z zarzutem Odwołującego, jakoby dokumenty i informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Rail Service w ogóle nie powinny być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k. Zamawiający wskazywał, że z uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia wynika, że dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie podlegały ujawnieniu osobom trzecim, albowiem ich ujawnienie mogłoby

doprowadzić do poniesienia szkody przez członka konsorcjum. Na podstawie tych informacji podmioty konkurencyjne mogłyby pozyskać wiedzę na temat doświadczenia przedsiębiorstwa i cen usług mogłyby oszacować koszty wykonania zamówienia oraz przewidzieć politykę cenową w stosunku do tego kontrahenta. Zastrzeżone informacje mają więc dla członka konsorcjum wartość gospodarczą. W uzasadnieniu wykonawca oświadczył również, że informacje te nie zostały dotychczas ujawnione do wiadomości publicznej i podejmuje niezbędne działania prowadzące do zachowania ich w poufności. Krąg pracowników i podmiotów zewnętrznych, którzy mają dostęp do umów, zamówień i faktur jest ograniczony. Same dokumenty są przechowywane w zamkniętych pomieszczeniach, a w wersji elektronicznej w zabezpieczonych hasłami komputerach.

Zamawiający twierdził, że dokonał oceny, czy zostały spełnione łącznie przesłanki art. 11 ust. 4 u.z.n.k. w stosunku do dokumentu i informacji objętych zastrzeżeniem. Zamawiający sprawdził, czy informacje zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa są powszechnie znane, dostępne w sposób jawny dla ogółu osób. W tym celu Zamawiający dokonał weryfikacji stron internetowych, biorących udział w postępowaniu wykonawców i ich kontrahentów w celu sprawdzenia, czy figuruje tam ujęta w wykazie usług usługa bądź kontrahent. Dokonano również sprawdzenia, czy wykazana usługa objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, została zlecona w trybie ustawy Pzp. W wyniku tej oceny, Zamawiający doszedł do przekonania, że zastrzeżone dokumenty i informacje nie są powszechnie znane, ani dostępne w sposób jawny dla ogółu osób, jak również wskazana na potwierdzenie warunku doświadczenia usługa nie była realizowana na rzecz klientów publicznych stosujących ustawę. Zdaniem Zamawiającego podkreślenia wymaga fakt, że usługa w poz. 1 wykazu została wykonana na rzecz kontrahenta niepublicznego, zatem nie obowiązuje w stosunku do niej obowiązek jawności. W ocenie Zamawiającego wykaz usług w poz. 1 wraz z dokumentem referencyjnym spełnia przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa albowiem nie został ujawniony do wiadomości publicznej. Należy więc przyjąć, że wykonawca w stosunku do swoich projektów i klientów objął ich tajemnicą przedsiębiorstwa i przedsięwziął odpowiednie środki w celu nie ujawniania tych informacji. Niewątpliwie kontrahent oraz usługa, którą wykonawca wskazał w swojej ofercie, nie znajduje się na stronach internetowych. W przypadku zaś dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówień, należy zauważyć, że zawiera on te same informacje, jak

wykaz usług, stąd jego ujawnienie pośrednio wskazywałyby na kontrahenta. Stąd Zamawiający również w tym przypadku uznał je za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający podjął decyzję o nieodtajnieniu i nieudostępnieniu Odwołującemu zastrzeżonego wykazu w poz. 1 wraz z dokumentem referencyjnym.

Natomiast w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 i 2 ustawy w związku z przepisami RODO Zamawiający wskazywał, że wobec faktu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji z Krajowego Rejestru Karnego przekazanych przez Konsorcjum firm: Rail Service Group Sp. z o.o. oraz „SELUCH” D. S., przedmiotowy zarzut nie znajduje racji bytu.

Kolejno Zamawiający odniósł się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Rail Service niezgodnie z przepisami ustawy. Zdaniem Zamawiającego w związku z przedstawioną powyżej argumentacją, a właściwie jej brakiem, należy uznać, że w istocie Odwołujący nie sformułował w tym przypadku zarzutu. W ocenie Zamawiającego wybór oferty został dokonany z poszanowaniem przepisów ustawy. Zamawiający twierdził, że Odwołujący nie sprecyzował, czy oferta wybranego wykonawcy powinna być odrzucona, czy też on sam wykluczony. Odwołujący nie wskazał żadnej z podstaw odrzucenia lub wykluczenia. Nie przedstawił żadnej okoliczności faktycznej, ani dowodu, który mógłby takie odrzucenie lub wykluczenie uzasadnić. Zamawiający twierdził, że istotne jest aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwiałoby to zarówno Zamawiającemu jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, tym samym wskazanie konkretnych uchybień określa ramy postępowania odwoławczego. Wobec tego w ocenie Zamawiającego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Rail Service niezgodnie z przepisami ustawy nie stanowi w istocie zarzutu i jest ogólnym powołaniem się na zasady zamówień publicznych. Niezależnie od tego, należy uznać go za chybiony.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i

oświadczenia Stron oraz Przystępującego złożone w pismach procesowych oraz na rozprawie, Izba ustaliła co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy Stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Dodatkowo, w oparciu o dokumentację postępowania przesłaną przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w piśmie Konsorcjum Rail Service z dnia 11 czerwca 2018 r. wykonawca wskazał, że dokumentami zawierającymi tajemnicę przedsiębiorstwa są: wykaz wykonanych usług oraz referencje wystawione przez podmiot wskazany w poz. 1 wykazu a także wyjaśnienia złożone w powyższym piśmie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, złożonej w toku posiedzenia z udziałem Stron wskazał, że w wyniku ponownej analizy dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Rail Service, przed rozprawą, tj. w dniu 6 lipca 2018 r. Zamawiający dokonał odtajnienia i udostępnił Odwołującemu następujące informacje i dokumenty:

1. w zakresie wykazu usług (załącznik nr 5 do siwz):
 - a) poz. 2 wykazu tj. usługi przeglądu poziomego P3-2 dwuczłonowego autobusu szynowego o wartości umowy brutto 922.500,00 zł i terminie realizacji 05-01-2018, wykonanej na rzecz Przewozów Regionalnych Sp. z o.o. w Warszawie Oddział Lubuski z siedzibą w zielonej Górze, ul. Ułańska 3 wraz z dokumentem referencyjnym z dnia 22 lutego 2018 r.
 - b) poz. 1 wykazu w części dot. przedmiotu umowy oraz wartości umowy brutto, tj. usługi przeglądu poziomego P3-2 dwuczłonowego autobusu szynowego o wartości umowy brutto 578.100,00 zł.

2. Informacje z Krajowego Rejestru Karnego przekazane przez Konsorcjum firm: Rail Service Group Sp. z o.o. oraz „SELUCH” D. S..

Jednocześnie Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w zakresie odmowy ujawnienia i udostępnienia informacji zawartej w poz. 1 wykazu usług w zakresie daty realizacji umowy oraz podmiotu na rzecz którego usługa została wykonana wraz dokumentem referencyjnym potwierdzającym należyte wykonanie usługi wskazanej w pkt. 1 wykazu.

Z ustaleń Izby wynika również, że wraz z odpowiedzią na odwołanie Zamawiający przekazał następujące załączniki:

- zapytanie o udzielenie informacji o osobie Pana Jakuba P. K.,
- zapytanie o udzielenie informacji o osobie Pana D. S.,
- zapytanie o udzielenie informacji o osobie Pana K. B.,
- zapytanie o udzielenie informacji o osobie Pana J. K.,
- zapytanie o udzielenie informacji o osobie Pana D. S.,
- zapytanie o udzielenie informacji o podmiocie zbiorowym Rail Service Group Sp. z o.o.,
- referencję z dnia 22 lutego 2018 r. wystawioną przez Przewozy Regionalne sp. z o.o. Oddział Lubuski z siedzibą w Zielonej Górze,
- Pełnomocnictwo z dnia 1 czerwca 2018 r. udzielone Panu J. T..

W toku rozprawy Odwołujący zaprzeczał, aby wcześniej niż w toku posiedzenia z udziałem stron otrzymał ze strony Zamawiającego informacje oraz dokumenty, na których udostępnienie Odwołującemu powoływał się Zamawiający.

W toku rozprawy Przystępujący złożył jako dowody w sprawie: umowę o zachowaniu w poufności oraz umowę o zakazie konkurencji, obie opatrzone datą 1.04.2017 r.

Izba zważyła co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba nie podziela argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego i Przystępującego zasadzającej się na tym, że Odwołujący nie jest w stanie uzyskać przedmiotowego zamówienia, ponieważ Zamawiający na realizację przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę 1 335 502,00 zł podczas, gdy oferta Odwołującego opiewa na kwotę 1 533 150,00 zł., natomiast Zamawiający nie będzie zwiększał kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. W związku z tym Zamawiający w toku rozprawy twierdził, że w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty będzie przewyższała kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, uprawniony będzie do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Po pierwsze Izba wskazuje, że okoliczności podnoszone przez Zamawiającego dotyczą przesłanek unieważnienia postępowania, które pozostają bez wpływu na ziszczenie się przesłanek w zakresie badania interesu wykonawcy do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Po drugie, Izba wskazuje, że interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia jest badany z uwzględnieniem terminu złożenia odwołania. Po trzecie twierdzenia Zamawiającego, że nie będzie on zwiększał kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia są jedynie jego oświadczeniem, które może podlegać zmianie, z uwagi chociażby na zmianę okoliczności, związanych z możliwością uzyskania dodatkowych środków. Tym samym na obecnym etapie nie można kategorycznie wykluczyć, że niemożliwym jest rozstrzygnięcie postępowania na korzyść Odwołującego, a następnie zawarcia z nim ważnej umowy. Tożsame stanowisko Izba zajęła w uzasadnieniu wyroku w dnia 7 marca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 184/16.

Wobec uznania, że Odwołujący posiada interes w zakresie skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania Izba kolejno zbadała zasadność zgłoszonych zarzutów i uznała, że zasługują one na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzuty złożonego odwołania przede wszystkim dostrzec należy, że Zamawiający odmawiając Odwołującemu udostępnienia określonych dokumentów, dotyczących Konsorcjum Rail Service nie wyjaśnił precyzyjnie, które z dokumentów złożonych przez Przystępującego zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a które są objęte ochroną danych osobowych wynikającą z RODO. Zamawiający jedynie ogólnie wskazał na dwa powody, tj. obowiązek ochrony danych osobowych wynikający z RODO oraz opatrzenie dokumentów klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa”.

Wobec tego powyższe informacje pochodzące od Zamawiającego należy zestawić z informacjami, zawartymi w piśmie Przystępującego z dnia 11 czerwca 2018 r., w którym wykonawca wyraźnie wskazał, że dokumentami, zawierającymi tajemnicę przedsiębiorstwa są jedynie: wykaz wykonanych usług oraz referencje wystawione przez podmiot wskazany w pkt 1 wykazu, a także wyjaśnienia złożone w powyższym piśmie.

Z powyższego *a contrario* wynika, że pozostałe informacje, znajdujące się w następujących dokumentach tj.

1. informacjach z Krajowego Rejestru Karnego dla członków zarządu i prokurenta Rail Service Group Sp. z o.o.,
2. informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla pana D. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „SELUCH” D. S.,
3. informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnoszącej się do Rail Service Group Sp. z o.o.,
4. referencji z dnia 22 lutego 2018 r. wystawiona przez Przewozy Regionalne sp. z o.o. Oddział Lubuski z siedzibą w Zielonej Górze, dotycząca poz. 2 wykazu wykonanych usług,
5. pełnomocnictwie z dnia 1 czerwca 2018 r. udzielonemu Panu J. T..

- nie zostały przez Zamawiającego udostępnione Odwołującemu z uwagi ochronę danych osobowych, wynikającą z przepisów RODO.

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

W tym miejscu, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przytoczenia wymagają przepisy, stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący. Wskazać należy, iż treść art. 7 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Według art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast przepis art. 8 ust. 1 Pzp formułuje zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Wyjątek od powyższej zasady wprowadza art. 8 ust. 3 Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4, co oznacza, że wykonawca nie może zastrzec nazwy (firmy), adresu oraz informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie.

W świetle art. 11 ust. 4 ustawy u.z.n.k., przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu

zachowania ich poufności. Wobec tego aby określoną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba wskazuje, że zgodnie z wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp zasadą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wobec tego, wyjątki od tej zasady winny być ściśle uzasadnione, a wykonawcy z daleko posuniętą ostrożnością powinni decydować o zastrzeżeniu poszczególnych informacji w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia już na etapie składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że treść przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, w przypadku zamiaru zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji zawartych w ofercie, z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa, nakłada na wykonawcę, już na etapie składania oferty, obowiązek zadeklarowania jakie dokumenty i w jakim zakresie są objęte ww. tajemnicą. Podkreślić należy, że jednocześnie ze złożeniem oświadczenia wykonawca powinien wykazać, że zastrzeżone informacje, spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 uznk. Zatem niezbędne jest nie tylko sprecyzowanie rodzaju informacji, ale przede wszystkim wykazanie przez wykonawcę, iż posiada ona konkretną wartość gospodarczą oraz, że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie w poufności takiej informacji.

W zakresie znaczenia i rozumienia pojęcia „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, Izba w pełni podziela argumentację zawartą w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 542/17, w którym stwierdzono m. in.: *„przepis art. 8 ust. 3 Pzp, nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust.*

4 Znk. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w opinii składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Zaznaczyć na marginesie należy, że rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie stanowiłoby zaprzeczenie ratio legis komentowanego przepisu, którym było – zgodnie z uzasadnieniem do projektu nowelizacji Pzp w zakresie dotyczącym art. 8 ust. 3 Pzp – zwalczanie patologicznego nadużywania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa (zob. druk nr 1653, Sejm RP VII kadencji). (...) Zdaniem Izby z powyższej analizy wynika, że pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa

informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.)”.

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny sprawy po przeprowadzeniu badania wyjaśnień z dnia 11 czerwca 2018 r., złożonych przez Konsorcjum Rail Service, wskazać należy, że Przystępujący, w treści pisma stwierdził, że obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz usług a także referencje z poz. 1 wykazu. Podkreślenia wymaga, że z treści wyjaśnień nie wynika oklauzulowanie „tajemnicą przedsiębiorstwa” referencji z poz. 2 wykazu usług. W treści wyjaśnień Przystępujący w ogóle nie wskazał, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa referencję, odnoszącą się do poz. 2 wykazu. Ponadto w powyższych wyjaśnieniach brak jest również jakiegokolwiek, nawet lakonicznej argumentacji, odnoszącej się do zachowania w poufności informacji zawartej w poz. 2 ww. wykazu. Izba po przeprowadzeniu badania rzeczonych wyjaśnień, złożonych przez Konsorcjum Rail Service stwierdziła, że Przystępujący w ich treści nie wykazał w sposób dostateczny, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia w nich, określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po pierwsze złożone wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i brak w nich konkretnych, precyzyjnych informacji, które uprawniałby Konsorcjum Rail Service do zachowania w poufności części dokumentów, objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Po drugie, wykonawca nie podał jaką wymierną wartość mają dla niego ww. informacje. Przystępujący ograniczył się jedynie do lakonicznych stwierdzeń, że zastrzeżone informacje mają dla członka konsorcjum wartość gospodarczą a także, iż na podstawie zastrzeżonych informacji podmioty konkurencyjne mogłyby pozyskać wiedzę na temat doświadczenia przedsiębiorstwa i cen usług mogłyby oszacować koszty wykonania zamówienia oraz przewidzieć politykę cenową w stosunku do tego kontrahenta. Wykonawca ponadto oświadczył, że informacje te nie zostały dotychczas ujawnione do wiadomości publicznej i podejmuje niezbędne działania prowadzące do zachowania ich w poufności. Krąg pracowników i podmiotów zewnętrznych, którzy mają dostęp do umów, zamówień i faktur jest ograniczony. Same dokumenty są przechowywane w zamykanych pomieszczeniach, a w wersji elektronicznej w zabezpieczonych hasłami komputerach.

Co istotne, do złożonych wyjaśnień Przystępujący nie załączył jakiegokolwiek dowodu, który potwierdzałby okoliczności na które powoływał się wykonawca w złożonych wyjaśnieniach. Zasadnie twierdził Odwołujący, że samo zastrzeżenie udostępnienia informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić - i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać” - iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba uznała za spóźnione, złożone przez Przystępującego w toku rozprawy dowody w postaci: umowę o zachowaniu w poufności oraz umowę o zakazie konkurencji, ponieważ obowiązek wykazania przez wykonawcę okoliczności, dotyczących skuteczności zastrzeżenia określonego katalogu informacji powinien być zrealizowany przez wykonawcę w określonym momencie postępowania, tj. nie później niż w terminie składania ofert. Wobec powyższego Izba pominęła ww. dowody uznając, że wzięcie ich pod uwagę na obecnym etapie postępowania jest niedopuszczalne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje, że należy przyznać rację Odwołującemu, który słusznie przypuszczał, że „zastrzeżone uzasadnienie nie zawiera praktycznie żadnych konkretnych informacji i niczego nie wyjaśnia”, gdyż Konsorcjum Rail Service w zastrzeżonym uzasadnieniu powołując się na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji w żaden sposób tego twierdzenia nie uzasadniło, nie mówiąc już o wykazaniu jego prawdziwości. W ocenie Izby nie sposób przyjąć, że przedstawiając wyjaśnienia w takim Przystępujący zrealizował w sposób prawidłowy ciążący na nim obowiązek wykazania, określonych okoliczności faktycznych, uprawniających go do skutecznego zastrzeżenia określonego katalogu informacji jako tych, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu nie sposób również pominąć stanowiska Zamawiającego, wyrażonego w piśmie „odpowiedź na odwołanie”, w którym Zamawiający po przetworzeniu informacji, zawartych w wykazie usług, stanowiącym załącznik nr 5 do siwz, podał znaczną ich część, która pierwotnie została zastrzeżona przez Przystępującego. Ponadto Zamawiający ujawnił dokument referencyjny, odnoszący się do poz. 2 wykazu usług.

Powyższe działania Zamawiającego w sposób jasny i klarowny obrazują stanowisko zajmowane przez Zamawiającego, który uznając nieskuteczność zastrzeżenia ujawnił całość informacji z poz. 2 wykazu wraz z dokumentem referencyjnym oraz znaczną część informacji z poz. 1 wykazu usług.

Podsumowując Izba potwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

II. Zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z przepisami RODO

W zakresie rozpoznawanego zarzutu za kluczowe należy uznać stanowisko Zamawiającego wyrażone w treści odpowiedzi na odwołanie, jak również przekazanie Odwołującemu następujących dokumentów:

- zapytanie o udzielenie informacji o osobie Pana Jakuba P. K.,
- zapytanie o udzielenie informacji o osobie Pana D. S.,
- zapytanie o udzielenie informacji o osobie Pana K. B.,
- zapytanie o udzielenie informacji o osobie Pana J. T.,
- zapytanie o udzielenie informacji o osobie Pana D. S.,
- zapytanie o udzielenie informacji o podmiocie zbiorowym Rail Service Group Sp. z o.o.,
- referencja z dnia 22 lutego 2018 r. wystawiona przez Przewozy Regionalne sp. z o.o. Oddział Lubuski z siedzibą w Zielonej Górze,
- Pełnomocnictwo z dnia 1 czerwca 2018 r. udzielone Panu J. T..

Podobnie, jak już wskazano powyżej, przyjęty przez Zamawiającego sposób działania obrazuje stanowisko zajmowane przez Zamawiającego, który uznając nieskuteczność zastrzeżenia ujawnił w całości treść ww. dokumentów. W związku z tym stwierdzić należy, że Zamawiający odmawiając Odwołującemu przekazania ww. dokumentów dopuścił się naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy.

W tym miejscu Izba uznała za konieczne odniesienie się do twierdzeń Zamawiającego o bezzasadności nakazania mu ujawnienia określonych dokumentów Konsorcjum Rail Service w sytuacji, gdy Zamawiający wraz z odpowiedzią na odwołanie ujawnił żadaną przez Odwołującego część informacji przez przekazanie konkretnych dokumentów (np. informacji z KRK oraz referencji a także pełnomocnictwa). Natomiast w przypadku wykazu usług, stanowiącego załącznik nr 5 Zamawiający przetworzył zawarty w nim katalog informacji i przekazał je w treści

odpowiedzi na odwołanie z wyłączeniem informacji w poz. 1 wykazu, dotyczących daty realizacji umowy oraz informacji dotyczących podmiotu na rzecz którego usługa była wykonywana. Izba zwraca uwagę, że czynność ujawnienia i przekazania dokumentów Konsorcjum Rail Service Odwołującemu została przeprowadzona w toku toczącego się postępowania odwoławczego, tj. w momencie posiedzenia i rozprawy przed Izbą. Tym samym wiedzą o sposobie i zakresie czynności dokonanej przez Zamawiającego dysponuje jedynie ograniczony krąg podmiotów podczas, gdy wiedza ta powinna być dostępna wszystkim uczestnikom postępowania, co zapewnia właśnie przeprowadzanie czynności ponownego badania i oceny ofert połączone z ujawnieniem konkretnych informacji przez Zamawiającego w normalnym toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

III. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Rail Service niezgodnie z przepisami ustawy.

W zakresie omawianego zarzutu Izba stoi na stanowisku, że potwierdzenie się zarzutów odwołania w zakresie zaniechania Zamawiającego, polegającego na nieujawnieniu określonego katalogu informacji, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Rail Service, jak również niezależnie z własnej inicjatywy Zamawiającego (określonych dokumentów z uwagi na ochronę ochroną danych osobowych), skutkuje unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęcie odmiennego stanowiska powoduje niecelowość stawiania tego rodzaju zarzutów, gdyż nawet ich potwierdzenie w toku postępowania odwoławczego nie będzie otwierało wykonawcy drogi do wniesienia odwołania, w którym po zapoznaniu się z ofertą konkurenta mógłby zakwestionować prawidłowość badania i oceny oferty Konsorcjum Rail Service, w szczególności zaniechanie jej odrzucenia, względnie zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Rail Service z postępowania.

Tożsamo stanowisko Izba zajęła w uzasadnieniu postanowienia z dnia 10 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 552/17, w którym stwierdzono m. in.: *„Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie drogi do wniesienia odwołania nie otwiera nakazanie Zamawiającemu jedynie czynności ujawnienia treści niezasadnie zastrzeżonych wyjaśnień, złożonych przez Konsorcjum*

MP MOSTY na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, ponieważ ww. nakaz nie jest jednocześnie połączony z uchyleniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 stycznia 2017 r. Zdaniem Izby konieczności dokonania powyższej czynności nie sposób również wywieść z wybranych treści uzasadnienia wyroku z dnia 24 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 242/17 KIO 258/17 na które powoływał się Odwołujący i Przystępujący po jego stronie. Izba zwraca uwagę, że sama czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która jest przedmiotem kolejnego odwołania, wnoszonego przez Odwołującego, nie tylko nie została przez Izbę zakwestionowana jako wadliwa i uchylona ale również Zamawiający z własnej inicjatywy jej nie ponowił. Tym samym w ocenie Izby czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 stycznia 2017 r. nadal pozostaje w mocy. Zatem zarzut, dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty, sformułowany w odwołaniu z dnia 20 marca 2017 r. opiera się nie tyle na kwestionowaniu nowej czynności Zamawiającego, związanej z wyborem najkorzystniejszej oferty, której Zamawiający nie dokonał, ile na pojawieniu się nowych okoliczności faktycznych, uzasadniających zaskarżenie czynności, dla której kwestionowania termin upłynął. Zdaniem Izby przyjęcie koncepcji o możliwości rozpoznania zarzutów kolejnego odwołania, odnoszących się do wadliwości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach prowadzonego postępowania, wymagałoby: po pierwsze unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27 stycznia 2017 r., po drugie - zaskarżenia ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, który nie został przez Zamawiającego ponowiony, ponieważ na mocy ww. wyroku Izby Zamawiający nie był zobligowany do jego ponownego przeprowadzenia”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba z oczywistych względów nie podziela stanowiska Przystępującego, który twierdził, że nawet uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu ujawnienia określonych informacji pozostaje bez wpływu na wynik, ponieważ nie będzie miało wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty.

Reasumując, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że wykonawca Konsorcjum Rail Service nie wypełnił przesłanki wynikającej z art. 8 ust. 3 Pzp i nie wykazał w sposób wystarczający, że zastrzeżone w

wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca

2018 r. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym za niewłaściwą należy uznać czynność Zamawiającego, który nie ujawnił tych informacji na żądanie Odwołującego. Za błędną należy uznać także autonomiczną inicjatywę Zamawiającego, mającą na celu zachowanie w poufności informacji, które nie podlegają ochronie z uwagi na występowanie w nich danych sensytywnych.

Wobec tego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu

- c) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- d) powtórzenie czynności badania i oceny ofert połączone z ujawnieniem informacji, odnoszących się do Konsorcjum Rail Service w następującym zakresie:
 - dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego, odnoszących się do następujących osób: J. P. K., J. T., K. B., D. S., informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnoszącej się do Rail Service Group Sp. z o.o., wykazu usług, sporządzonego na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do siwz wraz z dokumentami referencyjnymi,
 - stron 8 i 9 złożonej oferty.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2, § 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

.....
.....
.....

