

**WYROK**

**z dnia 23 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2012 r. przez wykonawcę

**CONTROL PROCESS S.A. ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.**

**ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TECHMADEX S.A. ul. Migdałowa 91, 02-796 Warszawa, GP Energia Sp. z o.o. ul. Pułaskiego 26C/2, ATREM S.A. ul. Czołgowa 4, Złotniki 62-002 Suchy Las** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu ujawnienie pełnej treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TECHMADEX S.A., GP Energia Sp. z o.o. i ATREM S.A.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez**

**CONTROL PROCESS S.A. ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa na rzecz CONTROL PROCESS S.A. ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

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 w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę Laboratorium Wzorcowania Gazomierzy przy ciśnieniu roboczym na terenie TJE Hołowczyce pn. opracowanie i wdrożenie technologii wzorcowania gazomierzy na średnim i wysokim ciśnieniu w systemie otwarto – zamkniętym” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 19 maja 2012 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

9 lipca 2012 r. odwołujący – Control Process Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Techmadex S.A., GP Energia Sp. z o.o. i ATREM S.A. (zwanych dalej „konsorcjum Techmadex”), którzy nie potwierdzili spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaniechania udostępnienia odwołującemu pełnej treści wniosku konsorcjum Techmadex, dokonania wadliwej oceny wyjaśnień konsorcjum Techmadex w przedmiocie prawidłowości zastrzeżenia części wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tj. informacji bankowych, wykazu zadań referencyjnych oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 8 ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z postanowieniami sekcji III.2.3. pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
2. dokonania ponownej oceny wniosków oraz wykluczenia konsorcjum Techmadex w związku z niepotwierdzeniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

3. odtajnienia informacji zawartych we wniosku konsorcjum Techmadex na str. 48-49 oraz 53- 57 wniosku.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający udostępnił odwołującemu treść wezwania do wyjaśnienia prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa skierowanego do konsorcjum Techmadex oraz treść udzielonych przez konsorcjum Techmadex wyjaśnień. Z treści wezwania do udzielenia wyjaśnień wynika, iż zamawiającemu znana jest definicja pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” i jej interpretacja, w szczególności na gruncie Prawa zamówień publicznych, pomimo to postępuje wbrew niemu naruszając zasadę jawności postępowania. Zgodnie z dyspozycją art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć 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. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki: ma ona charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu opisał wymagania odnoszące się do personelu technicznego wraz ze wskazaniem kwalifikacji i doświadczenia, jakie ów personel musi posiadać – wykonawcy musieli wskazać m.in. dysponowanie osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika zespołu projektowego i która musi posiadać doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego polegające na zaprojektowaniu: laboratorium do wzorcowania gazomierzy o strumieniu objętości nie mniejszym niż  $Q=2000 \text{ m}^3/\text{h}$  w warunkach pomiaru o MOP powyżej 1,6 MPa lub stacji gazowej o przepustowości nie mniejszej niż  $Q=125.000 \text{ m}^3/\text{h}$  w warunkach normalnych zawierającej pomiar i regulację strumienia objętości, lub tłoczni gazu o możliwości przetłaczania gazu nie mniejszej niż  $Q=125.000 \text{ m}^3/\text{h}$  w warunkach normalnych zawierającej pomiar i regulację strumienia objętości.

Konsorcjum Techmadex w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia, jako osobę, która będzie pełniła funkcję kierownika zespołu projektowego, podał Bożenę B. wskazując na jej doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego polegające na zaprojektowaniu rozbudowy systemu przesyłowego w celu dostarczenia zwiększonych ilości paliwa gazowego do PKN Orlen S.A. w Płocku Parametry zaprojektowanego obiektu: przepustowość  $Q_n=228.000 \text{ Nm}^3/\text{h}$ , ciśnienie MOP 5,5 MPa.

W ramach opisywanego powyżej zadania inwestycyjnego jedynymi obiektami mieszczącymi się w kryterium rodzajowym zamawiającego były dwie samodzielne i niezależne stacje gazowe o przepustowościach odpowiednio:  $118.000 \text{ Nm}^3/\text{h}$  i  $110.000 \text{ Nm}^3/\text{h}$ , nie zaś, jak sugeruje konsorcjum Techmadex, jedna stacja o przepustowości  $228.000 \text{ Nm}^3/\text{h}$ . Jako, że żaden z obiektów (stacja gazowa o przepustowości  $118.000 \text{ Nm}^3/\text{h}$  i stacja gazowa o przepustowości  $110.000 \text{ Nm}^3/\text{h}$ ) nie mieści się w kryteriach, jakie określił zamawiający, tj. stacja gazowa o przepustowości nie mniejszej niż  $Q=125.000 \text{ m}^3/\text{h}$ , należy wyciągnąć wniosek, że zaproponowany kierownik zespołu projektowego nie spełnia wymagań, jakie zamawiający zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu, a tym samym konsorcjum Techmadex powinno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Co do zaniechania odtajnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa – konsorcjum Techmadex zastrzegło opinię bankową wydaną przez Raiffeisen Bank S.A. dla Techmadex S.A., opinię bankową wydaną przez BRE Bank dla Atrem S.A., formularz „Doświadczenie” oraz listy referencyjne.

Pismem z 14 czerwca 2012 r. zamawiający zwrócił się do konsorcjum Techmadex z prośbą o podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego zastrzeżenia. W odpowiedzi konsorcjum Techmadex wskazało, iż informacje zostały zastrzeżone zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz spełniają wszystkie trzy warunki określone w ww. przepisie, tj.: mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny, gdyż opinie bankowe zawierają informacje dotyczące jego finansów, takie jak stan zasobów finansowych, zdolność kredytowa (informacje o uruchomionej linii kredytowej), a ujawnienie ww. informacji podmiotom trzecim mogłoby przynieść mu szkodę. Informacje te stanowią tajemnicę bankową.

Również referencje oraz zestawienie wykonanych prac zawierają informacje będące tajemnicą handlową przedsiębiorstwa, tj. zawierają know-how handlowe: oznaczenie kontrahentów, oznaczenie szczegółowego zakresu wykonanych prac wraz z podaniem szczegółów technicznych, wiadomości pozwalające na zdefiniowanie rynku zbytu usług

przystępującego itp., a ich ujawnienie osobom trzecim, szczególnie podmiotom konkurującym na rynku mogłoby spowodować osłabienie tejże możliwości konkurencyjności na rynku i stać się przyczyną poniesienia przez przystępującego szkody w znacznej wysokości. Informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący nie wykazał, aby informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa były publicznie dostępne, jak również nie wykazał, że nie podjęto wobec nich niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Zważywszy, że ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z faktów tych wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, brak wykazania okoliczności obciążających powoduje niemożność uznania takiego zarzutu za uzasadniony.

Zatem zarzut należy uznać za bezzasadny.

Co do doświadczenia B..... B., wskazanej do pełnienia funkcji kierownika zespołu projektowego, to stosownie do postanowienia zawartego w sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3.1. lit. b) ogłoszenia, osoba wskazana na to stanowisko miała posiadać doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego polegające na zaprojektowaniu: laboratorium do wzorcowania gazomierzy o strumieniu objętości nie mniejszym niż  $Q=2000 \text{ m}^3/\text{h}$  w warunkach pomiaru o MOP powyżej 1,6 MPa lub stacji gazowej o przepustowości nie mniejszej niż  $Q=125.000 \text{ m}^3/\text{h}$  w warunkach normalnych zawierającej pomiar i regulację strumienia objętości lub tłoczni gazu o możliwości przetłaczania gazu nie mniejszej niż  $Q=125.000 \text{ m}^3/\text{h}$  w warunkach normalnych zawierającej pomiar i regulację strumienia objętości.

Konsorcjum Techmadex w wykazie „Potencjał kadrowy” wskazało, iż pani B. posiada doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego polegające na zaprojektowaniu: rozbudowy systemu przesyłowego w celu dostarczania zwiększonych ilości paliwa gazowego do PKN ORLEN w Płocku. Parametry zaprojektowanego obiektu: przepustowość  $Q_n=228.000 \text{ m}^3/\text{h}$ , ciśnienie MOP=5,5 MPa.

Na dowód prawdziwości ww. okoliczności zamawiający przywołał decyzję nr 572/09 z 8 maja 2009 r. wydaną przez Starostę Płockiego dotyczącą zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę. Decyzja ta została wydana na wniosek zamawiającego i dotyczy stacji gazowej pomiarowo – regulacyjnej o przepustowości  $Q=228.000 \text{ m}^3/\text{h}$  na potrzeby PKN ORLEN S.A. Jednocześnie z treści ww. decyzji jednoznacznie wynika, iż jednym z projektantów rzeczzonego projektu była B..... B. Także decyzja nr 59/2010 z 12 lipca 2010 r., wydana na wniosek zamawiającego przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Płocku dotyczy pozwolenia na użytkowanie stacji regulacyjno – pomiarowej dla potrzeb PKN ORLEN S.A.

Wskazane doświadczenie B..... B. odnosi się do stacji gazowej Draganie Nowe i rozbudowy systemu przesyłowego w celu dostarczenia zwiększonej ilości paliwa gazowego do PKN ORLEN S.A. w Płocku. Z punktu widzenia technicznego wskazany obiekt stanowi jedną stację o przepustowości nominalnej 228.000 Nm<sup>3</sup>/h składającą się z układów pomiarowych o przepustowości nominalnej 110.000 i 118.000 Nm<sup>3</sup>/h. Stacja posiada wspólne dla układów pomiarowych: sterowanie automatyką i armaturą, zasilanie, kontener, książkę eksploatacji stacji, chromatograf, łącze telekomunikacyjne. Istnieje też możliwość wzajemnej konfiguracji wymienionych układów pomiarowych (praca jednego, dwóch, trzech lub czterech ciągów pomiarowych). W związku z powyższym, układów tych nie można uznać za dwa samodzielne i niezależne stacje gazowe, gdyż z punktu widzenia technicznego (i funkcjonalnego) traktować je należy jako jedną stację. Na przepustowość stacji gazowej składa się suma przepustowości wszystkich układów pomiarowych w niej zabudowanych – co wynika też w ww. decyzji nr 572/09 dotyczącej zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę stacji gazowej właśnie o przepustowości Q=228.000 Nm<sup>3</sup>/h. Zatem obiekt ten potwierdził spełnianie warunku.

Przystępujący – Techmadex S.A., GP Energia Sp. z o.o. i ATREM S.A. (konsorcjum Techmadex) wniósł o oddalenie odwołania jako nieuzasadnionego.

W piśmie do zamawiającego dotyczącym uzasadnienia uznania wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyczerpująco uzasadnił przyczyny zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując, iż spełnione są dla tych informacji wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący podtrzymał przedstawioną tam argumentację podkreślając, iż pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa z natury rzeczy należy w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego traktować szeroko. Decyzja, co do wartości danej informacji dla przedsiębiorcy i związanego z tym jej waloru jako tajemnicy przedsiębiorstwa leży po stronie samego przedsiębiorcy.

Przystępujący podjął wszelkie niezbędne środki w celu ujawnienia woli uznania wskazanych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności skorzystanie z dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do doświadczenia p. B. zarzuty są niezasadne, a konsorcjum wykazało ponad wszelką wątpliwość kompetencje tej osoby. Ponadto w przedmiotowym zamówieniu rozbudowy systemu przesyłowego dla PKN Orlen sam zamawiający był inwestorem, posiada więc znajomość przedmiotowego zadania, w szczególności projektu przygotowanego przez p. B.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny i nie budzi wątpliwości, strony i przystępujący są również zgodne co do zastosowania obowiązujących przepisów, jest im także ogólnie znane orzecznictwo i piśmiennictwo w kwestiach odnoszących się do poszczególnych zarzutów, zatem, również z powodu obszernego przytoczenia we wcześniejszej części uzasadnienia, Izba nie będzie tego powtarzać, wskazując jedynie na konkluzje wynikające ze stanu niniejszej sprawy.

Co do doświadczenia B..... B. – Izba stwierdziła, że z przedstawionego przez odwołującego fragmentu specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia dotyczącego przedmiotowej inwestycji wynika, że należało wykonać stację gazową składającą się m.in. ze stacji gazowej o przepustowości 118.000 m<sup>3</sup>/h i stacji gazowej o przepustowości 110.000 m<sup>3</sup>/h. Nie jest to sporne pomiędzy stronami. Jediną kwestią sporną okazało się to, czy przepustowość obu stacji gazowych można zsumować i tym samym uzyskać przepustowość 228.000 m<sup>3</sup>/h. Nie wchodząc w kwestie techniczne możliwości takiego połączenia i obliczania w ten sposób obu ciągów, należy całą sytuację podsumować następująco – skoro zamawiający tak opisał ww. zadanie w trakcie inwestycji, czego wyrazem jest treść decyzji Starosty Płockiego o pozwoleniu na budowę „stacji gazowej pomiarowo – regulacyjnej o przepustowości  $Q_n=228.000$  m<sup>3</sup>/h na potrzeby PKN ORLEN S.A. zasilanej z dwóch gazociągów wysokiego ciśnienia...” nr 572/09 z 8 maja 2009 r., to trudno teraz w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odmawiać wykonawcy owej inwestycji możliwości posługiwania się owym parametrem dotyczącym przepustowości.

Co do zastrzeżenia przez konsorcjum Techmadex opinii bankowych, wykazu doświadczenia i referencji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała, że, jej zdaniem, nie ma podstaw do dokonania takiego zastrzeżenia, a argumenty, które przedstawiło konsorcjum Techmadex w wyjaśnieniach zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i podczas rozprawy, nie są przekonujące.



Co do opinii z banku – w punkcie III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że wymaga, aby wykonawcy posiadali środki finansowe na rachunku lub zdolność kredytową nie mniejszą niż 15.000.000 złotych. Tym samym już przez sam fakt uznania przez zamawiającego, że wykonawca wykazał spełnienie tego warunku, staje się oczywiste, iż na taką kwotę środki finansowe lub zdolność kredytową posiada, trudno więc to uznać za informację będącą tajemnicą dla innych podmiotów.

Zastrzeżone informacje *de facto* również nie dają miarodajnych informacji o sytuacji finansowej danego podmiotu. Informacja z banku odnosi się do posiadanych na danym rachunku środków finansowych, przy czym ich wysokość w poprzednim lub kolejnym dniu mogła już być zupełnie inna. Poza tym nie muszą być to wszystkie środki finansowe posiadane przez dany podmiot, gdyż częstą praktyką jest, że przedsiębiorcy posiadają dwa i więcej rachunków bankowych. Podobnie w przypadku zdolności kredytowej czy otwartej linii kredytowej – ocena banku, jak i kwota niewykorzystanych środków w ramach linii kredytowej również mogą ulegać zmianie. Co więcej – wykonawcy często zwracają się do banku o informację o zdolności kredytowej tylko w zakresie minimalnej wymaganej przez zamawiającego, a ich realna zdolność może być znacznie wyższa. Tak samo – poprzez przedstawienie dokumentów wykazują swoją zdolność finansową tylko na niezbędną kwotę. Podobnie w niniejszym przypadku można przyjąć założenie, że konsorcjum Techmadex nie wykazało pełnej potencjalnej zdolności kredytowej i środków finansowych całego konsorcjum jak i jego poszczególnych członków, a jedynie wartość minimalną potrzebną do wykazania spełnienia warunku (choćby dlatego, że nie odnosi się ona i do środków finansowych, i do zdolności kredytowej oraz nie do wszystkich członków konsorcjum).

Ze względu na powyższe, zdaniem Izby, przedstawione dokumenty nie mają samodzielnej wartości gospodarczej i trudno Izbie uznać, że poprzez ich udostępnienie wykonawca miałby ponieść jakąś konkretną szkodę. Gdyby tak miało być, wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, obejmowaliby te dane ściśle tajemnicą, a tak się nie dzieje.

Co do wykazu doświadczenia oraz załączonych do niego referencji Izba również uznała, że nie widzi tu żadnych podstaw do ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przed wszystkim, jak wskazał odwołujący, informacje te zostały w jawny sposób przedstawione w poprzednim postępowaniu. Owszem, wykonawca określa moment, od którego dane informacje będzie chronił jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ale moment ten nie może już nastąpić po tym, jak informacje te podał do publicznej wiadomości.

Po drugie informacje o podmiocie, który wykonał dokumentację projektową, jak i roboty budowlane są dostępne dla zainteresowanych, a informację o wykonawcy danych robót umieszcza się wręcz na tablicy informacyjnej na terenie robót.

Poza tym obie prace zostały wykonane na rzecz podmiotu publicznego (zamawiającego), a, pomimo że postępowanie nie było objęte zamówieniami publicznymi, toczyło się w sposób jawny, a, jak wyjaśnił zamawiający, informacja o wyłonionym wykonawcy została przekazana wszystkim podmiotom uczestniczącym w postępowaniu.

Poza tym należy też zwrócić uwagę, czy również inwestor chroni dane informacje, gdyż trudno je uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli można je uzyskać w łatwy sposób po prostu składając stosowne zapytanie do inwestora.

Co do spełnienia przez zamawiającego swojego obowiązku oceny poprawności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to sama prośba do wykonawcy o wyjaśnienie powodów zastrzeżenia jeszcze nie jest w pełni realizacją tego obowiązku – zamawiający powinien też te wyjaśnienia racjonalnie ocenić pod względem prawnym i faktycznym, czego w działaniach zamawiającego zabrakło.

Tym samym Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia B..... B., a potwierdził się zarzut nieprawidłowej ceny wyjaśnień Konsorcjum Techmadex w zakresie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechania ujawnienia tych informacji.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Izbie trudno w chwili orzekania ocenić możliwość takiego wpływu na wynik postępowania ujawnienia przedmiotowych informacji. Biorąc jednak pod uwagę regulację art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą Izba może nakazać zamawiającemu wykonanie czynności w postępowaniu przy uwzględnieniu, a nie oddaleniu odwołania, Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 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).

**Przewodniczący:** .....