

WYROK

z dnia 16 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2014 r. przez wykonawcę **P. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „OPTIMA” P. W.**, ul. Zambrowska 18/1, 16-001 Kleosin w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ciechanowiec, ul. Mickiewicza 1, 18-230 Ciechanowiec**

przy udziale wykonawcy **Solver sp. z o. o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Ciechanowiec:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych 0/100) uiszczoną przez odwołującego **P. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „OPTIMA” P. W.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego **P. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „OPTIMA” P. W.** na rzecz zamawiającego **Gminy Ciechanowiec** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych 0/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Łomży.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Dostawa i montaż zestawów płaskich kolektorów słonecznych w ramach realizacji projektu: „Ciepło słoneczne - ciepło użyteczne” - instalacja kolektorów słonecznych na budynkach użyteczności publicznej oraz budynkach mieszkalnych w Gminie Ciechanowiec*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 lipca 2014 r. pod numerem S 139-249100-2014.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania - wskutek niedochowania należytej staranności przy czynności badania i oceny ofert - odtajnienia dokumentów wchodzących w skład oferty wykonawcy SOLVER Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach (dalej „SOLVER” lub “Przystępujący”) i udostępnienia dokumentów stanowiących załączniki nr 12-16 do oferty SOLVER, będących jednocześnie załącznikami do protokołu postępowania - pomimo złożenia przez Odwołującego stosownego wniosku, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie przy czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, dalej „u.z.n.k.”) przez niewłaściwe zastosowanie, polegające na błędnym uznaniu, że dokumenty zastrzeżone przez SOLVER zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki wskazane w treści tego przepisu, czego konsekwencją jest z kolei naruszenie:
- 3) art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez ich bezpodstawne zastosowanie, skutkujące bezprawnym wyłączeniem jawności dokumentów zastrzeżonych przez SOLVER pomimo, że zastrzeżenie nieujawniania tych dokumentów było bezpodstawne oraz
- 4) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia oferty SOLVER w zakresie dokumentów stanowiących załączniki nr 12-16 do tej oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty SOLVER,
- 2) odtajnienia oferty SOLVER w całości oraz udostępnienia Odwołującemu załączników

nr 12-16 do tej oferty,

- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie oferty SOLVER,
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników powtórzonej czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący, w zakresie pierwszego z zarzutów, wskazał, że w dniu 9 września 2014 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o udostępnienie do wglądu albo przesłanie faksem lub drogą mailową kopii protokołu postępowania wraz ze wskazanymi załącznikami - w tym o odtajnieniu i udostępnieniu dokumentów stanowiących załączniki nr 12-16 do oferty SOLVER. Zamawiający nie odpowiedział na ten wniosek.

Dalej, Odwołujący podał, że w dniu 18 września 2014 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu faksem zawiadomienie pt. „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty”. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej plik programu Word zawierający treść tego zawiadomienia (bez podpisu). Okoliczność przekazania zawiadomienia o wyborze oferty w dniu 18 września 2014 r. potwierdza również treść protokołu postępowania (przy czym w protokole nie wskazano formy przesłania zawiadomienia). W nagłówku tego zawiadomienia Zamawiający zamieścił datę 15 września 2014 r. We właściwościach pliku programu Word zamieszczonego na stronie internetowej datą ostatniej modyfikacji oraz datą ostatniego wydruku pliku jest 17 września 2014 r. W treści zawiadomienia Zamawiający napisał natomiast: *„Ponadto informuję, że umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia Zamawiający zamierza zawrzeć po upływie terminu określonego zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. po dniu 26 września 2014 r.”*

Powyższa informacja, zdaniem Odwołującego, jest błędna, ponieważ - biorąc pod uwagę datę przekazania zawiadomienia o wyborze oferty podaną w protokole postępowania - zgodnie z postanowieniami przywołanego przepisu ustawy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest możliwe przed dniem 29 września 2014 r. Odwołujący zwrócił na to uwagę w piśmie do Zamawiającego z dnia 23 września 2014 r., wnosząc o dokonanie stosownego sprostowania treści zawiadomienia, jednak do chwili obecnej Zamawiający nie odpowiedział na ten wniosek. Mając na uwadze ryzyko zawarcia przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący był zmuszony przygotować i złożyć niniejsze odwołanie przed zamierzoną datą zawarcia umowy, wskazaną przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze oferty.

Po otrzymaniu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. w dniu 18 września 2014 r., wobec braku odpowiedzi na wniosek złożony poprzednio w dniu 9 września 2014 r., Odwołujący złożył do Zamawiającego faksem kolejny (drugi) wniosek o

przesłanie faksem lub drogą mailową kopii protokołu postępowania wraz ze wskazanymi załącznikami - w tym o odtajnieniu i udostępnieniu dokumentów stanowiących załączniki nr 12-16 do oferty SOLVER. Odwołujący ponownie wskazał przy tym na wnioski płynące z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05, która - w ocenie Odwołującego - zachowuje aktualność w obecnym stanie prawnym, ponieważ zmieniono w ustawie umiejscowienie przepisu będącego przedmiotem rozstrzygnięcia, ale jego treść pozostaje bez istotnych zmian (dawny art. 96 ust. 4, obecny art. 8 ust. 3 ustawy Pzp).

W odpowiedzi na ten wniosek Zamawiający w dniu 19 września 2014 r. przesłał faksem swoje pismo datowane na 18 września 2014 r. wraz z załącznikiem (pismo wykonawcy SOLVER) datowanym na 19 września 2014 r. W ocenie Odwołującego, okoliczność ta jest kolejnym przykładem nierzetelnego działania Zamawiającego w zakresie datowania przygotowywanych i wysyłanych dokumentów. Przede wszystkim jednak stanowi ona dowód braku podjęcia przez Zamawiającego działań w zakresie zbadania zasadności dokonanego przez SOLVER zastrzeżenia dokumentów w trakcie samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - to jest przed dokonaniem wyboru oferty SOLVER, na etapie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Odpowiadając na zawarte we wniosku Odwołującego żądanie przesłania faksem lub drogą mailową kopii protokołu postępowania Zamawiający nie przekazał kopii protokołu stosownie do żądań wniosku, lecz napisał: *„protokół jest do wglądu w siedzibie Zamawiającego.”* Zamawiający odmówił również odtajnienia dokumentów złożonych w ofercie SOLVER, stwierdzając m.in.: *„Zamawiający nie posiada samoistnych uprawnień do zniesienia klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa” w stosunku firmy SOLVER Sp. z o. o.”* W celu uzasadnienia swojego zaniechania oraz w celu zaprzeczenia wnioskowi płynącemu z uchwały SN przywołanej w uzasadnieniu wniosku Odwołującego, Zamawiający posłużył się także następującym stwierdzeniem: *„Wnioskujący w swoim piśmie z dnia 09.09.2014 r. i z dnia 18.09 2014 r. (faks) przytacza nieaktualne podstawy prawne w szczególności art. 96 ust. 4. Zgodnie z aktualnie obowiązującym tekstem ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) przytoczony przez Wnioskodawcę art. 96 ust. 4 figuruje jako uchylony.”*

Mając na uwadze istotne wątpliwości co do przyjętych przez Zamawiającego dat czynności w postępowaniu, mających wpływ m.in. na skuteczność wnoszonych środków ochrony prawnej, Odwołujący po raz trzeci zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem (przesłanym faksem w dniu 22 września 2014 r.) o udostępnienie kopii protokołu postępowania - poprzez przesłanie faksem lub drogą elektroniczną. Dopiero w odpowiedzi na ten wniosek Zamawiający przekazał kopię protokołu postępowania faksem w dniu 22 września 2014 r. Przekazana kopia potwierdza, że zawiadomienie o wyborze oferty

najkorzystniejszej zostało przekazane w dniu 18 września 2014 r. (punkt 15 protokołu). Z przekazanej kopii wynika również, że żaden z wykonawców nie składał w trakcie postępowania wyjaśnień dotyczących treści oferty lub złożonych dokumentów - ponieważ wykaz załączników do protokołu wymienia (oprócz dokumentów Zamawiającego), wyłącznie oferty Wykonawców.

Powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego, prowadzą do następujących wniosków:

1. Zamawiający w powtarzający się sposób naruszał obowiązki związane z jawnością protokołu postępowania oraz rzetelnym przygotowywaniem i wysyłaniem dokumentów związanych z prowadzonym postępowaniem;
2. Zamawiający zaniechał podjęcia w trakcie postępowania jakichkolwiek działań mających na celu zbadanie czy wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia przez SOLVER nieujawniania dokumentów stanowiących załączniki nr 12-16 do oferty SOLVER;
3. ewentualne czynności Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podjęte po wyborze oferty najkorzystniejszej miały charakter pozorny, zostały przeprowadzone w szczątkowym zakresie i służyły tylko spóźnionemu usprawiedliwieniu zaniechania, jakiego Zamawiający dopuścił się w trakcie postępowania; wskazuje na to zarówno następstwo zdarzeń jak i użyte przez Zamawiającego stwierdzenia: *„Zamawiający nie posiada samoistnych uprawnień do zniesienia klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa”, „ Zamawiający zwrócił się do firmy SOLVER Sp. z o.o. o wyjaśnienie dlaczego oferta w oznaczonej części stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wyrażenie zgody na zmianę statusu wyłącznie dla dokumentacji technicznej, pozostawiając pozostałe dokumenty jako tajemnica przedsiębiorstwa”, czy też „Firma SOLVER utrzymała w mocy klauzulę tajemnica przedsiębiorstwa.”*
4. jest wysoce prawdopodobne, że pismo wyjaśniające podstawy zastrzeżenia informacji zostało złożone przez SOLVER z wyłącznej inicjatywy tego wykonawcy, w celu ułatwienia Zamawiającemu obrony przed zarzutami oczekiwanego odwołania (mimo ponawianych przez Odwołującego wniosków o odtajnienie dokumentów Zamawiający nie podejmował przed wyborem oferty najkorzystniejszej żadnych działań zmierzających do wyjaśnienia statusu tych dokumentów).

Zdaniem Odwołującego, dokonane w tym stanie rzeczy ustalenia Zamawiającego w zakresie oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oraz wybór oferty najkorzystniejszej nie mogą być uznane za wykonane rzetelnie i zgodnie z postanowieniami art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji — za zgodne z przepisami ustawy.

Co do zarzutów sformułowanych w pkt 2 i 3 odwołania Odwołujący podał, że

składając oświadczenie w treści formularza ofertowego, SOLVER zastrzegł nieudostępnianie następujących dokumentów jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa: 12. oświadczenie wg zał. Nr 7, 13. opłacona polisa ubezpieczeniowa, 14. informacja z banku, 15. oświadczenie, 16. dokumentacja techniczna. Odwołujący zwrócił uwagę, że dokumenty wskazane w punktach 12-15 były przez Zamawiającego żądane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zastrzeżenie nieudostępniania całego zestawu tych dokumentów wskazuje na zamiar uniknięcia ich weryfikacji, np. przez konkurencyjnych wykonawców.

Dokumenty składające się na punkt 16 były przez Zamawiającego wymagane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający nie wymagał odrębnego wskazania rodzaju oferowanych urządzeń w formularzu ofertowym, w kalkulacji uproszczonej ani też w żaden inny sposób w innym miejscu oferty, zatem żądane w tym punkcie dokumenty, w ocenie Odwołującego, pełnią dwojaką funkcję: nie tylko mają potwierdzać zgodność oferty z wymaganiami Zamawiającego, ale przede wszystkim kształtują treść tej oferty, ustalając (poprzez wskazanie w certyfikatach określonych urządzeń) jej przedmiot. Utajnienie w całości dokumentów składających się na dokumentację techniczną oznacza, w ocenie Odwołującego, *de facto* utajnienie przedmiotu oferty. Nie tylko wyłącza to możliwość weryfikacji oferty pod kątem przesłanek odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale również wyłącza możliwość sprawdzenia, czy w postępowaniu nie doszło do niedozwolonych negocjacji lub zmiany treści złożonej oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), a w przyszłości - czy na etapie wykonywania zamówienia nie doszłoby do niedozwolonej zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (art. 144 ust. 1 ustawy Pzp).

W ocenie Odwołującego, zarówno protokół postępowania, jak i okoliczności złożenia przez SOLVER wyjaśnień dotyczących podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazują na to, że podstawy i prawidłowość tego zastrzeżenia nie były przedmiotem analizy i badania Zamawiającego w trakcie prowadzonego postępowania.

Zapoznając się z wyjaśnieniami SOLVER, zdaniem Odwołującego, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że udzielający tych wyjaśnień pragnie obronić swoje stanowisko nie tyle ich jakością co objętością, przygotowując je głównie z wykorzystaniem metody „kopiuj-wklej”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jeden z powtarzających się elementów wyjaśnień ma istotne znaczenie przy ocenie skuteczności zastrzeżenia każdego z dokumentów, dotyczy on bowiem udowodnienia jednej z przesłanek koniecznych do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie art. 11 ust. 4 u.z.n.k., tj. wykazania, czy przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W odniesieniu do każdej z informacji

SOLVER powtarza dokładnie takie samo wyjaśnienie: „*podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności - Wykonawca poczynił działania niezbędne w celu zachowania ich poufności - oznaczył część tajną, jako zawierającą informacje stanowiące jego Tajemnice i złożył w tym zakresie swój podpis wykazując wolę zachowania Informacji w poufności.*”

Tak ogólne stwierdzenie, nieoparte żadnym dokumentem, zdaniem Odwołującego, nie dowodzi niczego. Oznaczenie części tajnej i złożenie podpisu (którego *nota bene* na oznaczeniu części tajnej brak) stanowi jedynie wyraz woli wykonawcy SOLVER - tak jak zresztą on sam to przedstawia. Nie jest natomiast dowodem podjęcia „niezbędnych działań” - choćby i z tego powodu, że żadnych działań faktycznych (tj. innych niż złożenie oświadczeń) nie wskazuje.

Jedynie w przypadku dokumentacji technicznej Przystępujący powołuje się dodatkowo na twierdzenie o „zobowiązaniu przez producentów poszczególnych urządzeń” do zachowania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Składający wyjaśnienia nie załączył jednak dowodów tego twierdzenia (nawet z ewentualnym zastrzeżeniem objęcia tajemnicą także tych dowodów), pozostaje więc ono gołosłowne. Odwołujący nie wyklucza, że odpowiedniej treści oświadczenia mogą i zapewne będą przedłożone w trakcie postępowania odwoławczego - z góry jednak wniósł o negatywną ocenę wiarygodności tak przedstawionych dowodów.

W ocenie Odwołującego, brak udowodnienia, czy choćby nawet wyjaśnienia przez SOLVER, jakie to niezbędne działania podjął on w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji, sam w sobie stanowi wystarczającą podstawę do uznania zastrzeżenia nieujawniania tych informacji za bezpodstawne, a przez to - nieskuteczne. Dotyczy to zarówno dokumentów potwierdzających spełnianie przez dostawcy wymagań określonych przez Zamawiającego, jak i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zastrzeżenia całości dokumentów składających się na dokumentację techniczną Odwołujący wskazał, że SOLVER nie jest producentem oferowanych urządzeń (w szczególności: kolektorów słonecznych). Przedmiotem oferty są urządzenia dostępne w obrocie, opatrzone certyfikatami i kartami technicznymi, które nie tylko nie są tajne, lecz są upubliczniane przez producentów w celach handlowych, reklamowych czy marketingowych. Dokumenty te upubliczniane są również w ramach ofert składanych na rynku zamówień publicznych czy też przy przekazaniu odbiorcy przedmiotu dostawy. Jak podał Odwołujący, ten aspekt jawności dokumentów trafnie podniesiono w jednym z orzeczeń KIO (wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 748/09).

Odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia nie ma charakteru jednostkowego czy eksperymentalnego. Zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy SOLVER twierdzenie: „*Są to*

urządzenia dedykowane firmie SOLVER dla konkretnie oznaczonych i wyspecyfikowanych inwestycji” nie zasługuje na wiarę. Przeczą im chociażby wymagania co do żadanego zaświadczenia „a) do badań losowo pobierane były urządzenia z linii produkcyjnej w zakładzie producenta, b) prawidłowość do zaświadczenia weryfikowana jest poprzez losowe pobieranie urządzeń do badań na zgodność z normą przez cały okres obowiązywania zaświadczenia.” Zdaniem Odwołującego, twierdzenie SOLVER nie tylko nie zostało poparte żadnym dowodem, ale jest również nieprawdopodobne w świetle zasad doświadczenia życiowego. Biorąc pod uwagę dynamikę i okres prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest bowiem możliwe, aby w tak krótkim czasie SOLVER zdążył nie tylko złożyć u producenta zamówienie na przygotowanie „dedykowanych urządzeń”, ale jeszcze poddać je następnie procedurom certyfikacyjnym w celu uzyskania dokumentów technicznych żądanych przez Zamawiającego (zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości), nie wspominając już o tym, że koszt certyfikacji takich „dedykowanych urządzeń” postawiłby pod znakiem zapytania opłacalność całego przedsięwzięcia. Nie jest zatem prawdą, w ocenie Odwołującego, że informacje zawarte w dokumentach takich jak certyfikat Solar Keymark, dokumentacja techniczna kolektora słonecznego, ciepłomierza, grupy pompowej, grupy solarnej czy sterownika solarne są poufne - przeciwnie, są one przygotowywane przez producentów właśnie w celu użycia w obrocie. Wykonawca SOLVER zmierza zatem nie do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa (i to przedsiębiorstwa innego przedsiębiorcy - mianowicie producenta urządzenia), lecz do utajenia przedmiotu dostawy oferowanej w danym postępowaniu. W tym miejscu Odwołujący powołuje wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1929/13. Na nieskuteczność zastrzegania tajemnicy wyłącznie na czas przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazuje wprost wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2011 r., sygn. akt; KIO/UZP 2817/10. Dla wykazania braku możliwości uznania certyfikatu (zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości) za tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1661/13, wyrok KIO z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2370/12, wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 2793/10.

Odnosząc się do kolejnych spośród zastrzeżonych dokumentów Odwołujący wskazał, że ocena skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób, które będą realizować zamówienie, jak również oświadczenia o tym, że osoby te posiadają wymagają uprawnienia nie powinna abstrahować od odpowiedniego warunku udziału w postępowaniu, określonego w danym postępowaniu. Zamawiający oczekiwał jednej tylko osoby oraz standardowych „uprawnień sanitarnych”, wymaganych przy realizacji większości zamówień na roboty budowlane - nie określając przy tym żadnych szczególnych wymagań co do doświadczenia zawodowego wskazanej osoby. Bezzasadne wydają się zatem obawy

wyrażone w wyjaśnieniach, jakoby wykonawcy SOLVER poprzez ujawnienie treści dokumentów groziło „przejęcie personelu kierowniczego” czy pozyskanie przez konkurencję „personelu z wieloletnim doświadczeniem w wykonywaniu instalacji solarnych”. Zastrzeżone dokumenty obejmowały dane tylko jednej osoby - i to wyłącznie dane o posiadanych przez nią uprawnieniach, których posiadanie jest cechą dość powszechną w gronie osób kierujących robotami budowlanymi. Dokumenty nie zawierały natomiast żadnych informacji o okresie doświadczenia zawodowego czy też związku tego doświadczenia z rynkiem instalacji solarnych. Wyjaśnienia wykonawcy SOLVER są zatem, zdaniem Odwołującego, nieprzekonujące i oderwane od konkretnego stanu faktycznego. Utajnione dokumenty nie zawierają informacji o istotnej wartości gospodarczej (wobec szerokiej dostępności osób o tak ogólnie określonych cechach) - a gdyby utajnić samo choćby tylko nazwisko wskazanej osoby, pozostałe zawarte tam informacje nie mają wręcz żadnej wartości. Zastrzeżony dokument nie spełnia zatem kolejnej przesłanki koniecznej do uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak podaje Odwołujący, o ile zastrzeżenie niejawności wykazu osób jest spotykane dość często, a w części przypadków (wyjawszy niniejszy) bywa uzasadnione, to rzadko można spotkać, a tym bardziej - usprawiedliwić, utajnienie dokumentów obrazujących sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy. Stąd też nie można zastrzeżenia przez wykonawcę SOLVER informacji banku, jak i polisy OC ocenić inaczej, aniżeli jako chęć uniknięcia rzetelnej weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dla wykazania, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący powołał następujące orzeczenie: wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 590/12: KIO 600/12.

Dowodząc naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał na wyjątkowy charakter tych przepisów, domagający się dokonywania ich wykładni w sposób ścisły oraz przy uwzględnieniu, że ciężar dowodu spoczywa na podmiocie, który dokonując zastrzeżenia podnosi okoliczność, że dana informacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Stanowisko Odwołującego znajduje oparcie w utrwalonym orzecznictwie sądów powszechnych oraz KIO. Odwołujący dla przykładu wskazał na wyrok KIO z dnia 21 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 457/12 oraz wyrok KIO z dnia 20 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2411/12.

Reasumując Odwołujący podkreślił, że zaniechanie udostępnienia dokumentów zastrzeżonych przez SOLVER, którego dopuścił się Zamawiający, uniemożliwiło weryfikację spełniania przez SOLVER warunków udziału w postępowaniu, ale przede wszystkim także

sprawdzenie przedmiotu oferowanych dostaw pod kątem ich zgodności z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zamiar zastrzegającego mógł przy tym iść jeszcze dalej, sięgając etapu wykonywania zamówienia. Brak możliwości sprawdzenia przez Odwołującego czy jakikolwiek inny podmiot rzeczywistego przedmiotu oferty będzie w przyszłości oznaczał w przyszłości także brak możliwości sprawdzenia, czy wykonany przedmiot zamówienia jest zgodny z ofertą wykonawcy i czy nie doszło w tym zakresie do nieuprawnionych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taki sposób udzielania i wykonywania zamówień publicznych jest nie do pogodzenia z fundamentalnymi zasadami prawa publicznego: zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zasadą jawności i przejrzystości finansów publicznych oraz zasadą dostępności informacji publicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 2 września 2014 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie „dokumentacji ofertowej” przedmiotowego postępowania. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na przedmiotowy wniosek. Natomiast według oświadczenia Zamawiającego z dnia 13 października 2014 r., w dniu 2 września 2014 r. (dzień otwarcia ofert) zostały udostępnione Odwołującemu, z możliwością wykonania fotokopii, oferty wykonawców z wyjątkiem tej części, która została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Następnie, pismem z dnia 9 września 2014 r. Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie kopii protokołu postępowania z załącznikami, m.in. dokumentami załączonymi do oferty wykonawcy SOLVER, „*bezprawnie zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa: 12. oświadczenie wg zał. Nr 7, 13. opłacona polisa ubezpieczeniowa, 14. informacja z banku, 15. oświadczenie, 16. dokumentacja techniczna*”.

Pismem z dnia 15 września 2014 r. (w aktach sprawy) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę SOLVER. Treść przedmiotowej informacji została przesłana wykonawcom, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, via faks w dniu 18 września 2014 r. Powyższe ustalono na podstawie oświadczeń złożonych przez wykonawców we wskazanej dacie, gdzie podano, że informacja (pismo) o wyborze oferty najkorzystniejszej pochodzi z dnia 17 września 2014 r. Zamawiający informując o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, że „*umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia Zamawiający zamierza zawrzeć po upływie terminu określonego zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. po dniu 26 września 2014 r.*”

Pismem z dnia 18 września 2014 r. Odwołujący ponownie złożył do Zamawiającego wniosek o przekazanie kopii protokołu postępowania wraz z załącznikami wskazując, że

Zamawiający nie odpowiedział na poprzedni wniosek, zdążył natomiast przeprowadzić badanie i ocenę ofert oraz dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 18 września 2014 r. (doręczonym Odwołującemu w dniu następnym) Zamawiający poinformował Odwołującego, że protokół postępowania jest do wglądu w siedzibie Zamawiającego. Nadto Zamawiający podał: *„Natomiast Zamawiający nie posiada samoistnych uprawnień do zniesienia klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa” w stosunku do firmy SOLVER Sp. z o.o. Zastrzeżenie dotyczyło, bowiem dokumentów potwierdzających spełnienie warunków wymaganych przez specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zamawiający zwrócił się do firmy SOLVER Sp. z o.o. o wyjaśnienie dlaczego oferta w oznaczonej części stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wyrażenie zgody na zmianę statusu wyłącznie dla dokumentacji technicznej, pozostawiając pozostałe dokumenty jako tajemnica przedsiębiorstwa, również z uwagi na tożsamy zakres jaki został ustanowiony w stosunku do własnych dokumentów przez firmę PHU „OPTIMA”. Firma SOLVER utrzymała w mocy klauzulę tajemnica przedsiębiorstwa, kopia pisma w załączeniu. Ponadto Zamawiający informuje, że podana data 17 września 2014 r. w potwierdzeniu otrzymania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest zwykłą omyłką drukarską, winno być 15 września 2014 r. (...) Wnioskujący w swoim piśmie z dnia 09.09.2014 r. i z dnia 18.09.2014 r. (faks) przytacza nieaktualne podstawy prawne w szczególności art. 96 ust. 4. Zgodnie z aktualnie obowiązującym tekstem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...), przytoczony przez Wnioskodawcę art. 96 ust. 4 figuruje jako uchylony.”*

W dniu 19 września 2014 r. (za pośrednictwem poczty elektronicznej) Zamawiający zwrócił się do wykonawcy SOLVER *„o podanie zasadności ustanowienia w ofercie przetargowej części dokumentacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W związku z dokonaniem wyborem najkorzystniejszej oferty oraz wnioskiem o udostępnienie protokołu włącznie z załącznikami, a także transparentności postępowania Zamawiający zwraca się z prośbą o pisemne wyrażenie zgody na uchylenie klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa” w stosunku do dokumentacji technicznych certyfikatów.”*

W odpowiedzi na powyższe wykonawca SOLVER nadesłał wyjaśnienia (pismo z dnia 19 września 2014 r.). Zamawiający nie odtajnił żadnych dokumentów oznaczonych przez Przystępującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Pismem z dnia 22 września 2014 r. Odwołujący ponownie zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie faksem lub drogą elektroniczną kopii protokołu postępowania.

W odpowiedzi na przedmiotowy wniosek (pismo z dnia 22 września 2014 r.) Zamawiający doręczył Odwołującemu via faks kopię przedmiotowego protokołu. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. załączniki do protokołu z przyczyn

technicznych nie mogą być przesłane faksem lub drogą elektroniczną, natomiast dostępne są w siedzibie Zamawiającego.

Pismem z dnia 23 września 2014 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o sprostowanie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie informacji o możliwym terminie zawarcia umowy. Odwołujący wskazał, że przedmiotowa informacja została przekazana wykonawcom w dniu 18 września 2014 r., a zatem zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest możliwe przed dniem 29 września 2014 r. Zamawiający nie odniósł się do przedmiotowego wniosku.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż Odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania. Przepis art. 179 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Mając na względzie stanowisko prezentowane zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu, w ocenie Izby przyjęć należy, że Odwołujący jest podmiotem, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W aktualnym stanie prawnym należy bowiem przyjmować, że jakikolwiek hipotetyczny interes wykazywany przez podmiot, także nie będący wykonawcą czy uczestnikiem konkursu, stanowi legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wystarczającym jest wykazywanie, że podmiot ten ma wolę uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu.

Podkreślić trzeba jednak, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca. Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień

zamawiającego. Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08, następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Mając na względzie powyższe, niewątpliwie trzeba przyjąć, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący upatrując swojego uszczerbku w pozbawieniu go możliwości dostępu do dokumentacji postępowania, w tym do ofert konkurentów, wskazuje na możliwość poniesienia szkody. Ewentualne bezprawne uchybienie przez Zamawiającego jawności postępowania uniemożliwia Odwołującemu dokonanie weryfikacji dokumentów złożonych przez innych wykonawców, a przez to stoi na przeszkodzie ocenie przez Odwołującego działań Zamawiającego, chociażby w aspekcie wyboru oferty najkorzystniejszej, co powoduje, że możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego na tym tle nie można nie dostrzec. Stanowisko to jest powszechnie akceptowane w orzecznictwie.

Absolutnie nie do zaakceptowania zaś jest stanowisko Przystępującego, że zarzuty koncentrujące się na złamaniu zasady jawności postępowania przez Zamawiającego nie mogą doprowadzić do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co przesądza o braku uprawnienia do wniesienia odwołania. W ocenie Izby, gdyby pójść tokiem rozumowania Przystępującego należałoby dojść do przekonania, że powoływanie się przez Odwołującego na okoliczność bezprawnego nieudostępnienia informacji i ograniczenie jawności postępowania pozostaje w istocie poza kontrolą Izby i nie ma wpływu na tok postępowania. Przedmiotowego stanowiska nie sposób jednak zaakceptować w świetle przepisu art. 179 ustawy Pzp, o czym była mowa wyżej. Z całą mocą należy podkreślić, że ograniczenie przez Zamawiającego dostępu do informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa podlega ocenie Izby, a nieuprawnione jej zastrzeżenie, jako mogące mieć wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej winno prowadzić do unieważnienia przedmiotowej czynności. Nie sposób również oczekiwać, że jedynie wykazanie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania i czy też odrzucenia jego oferty w powiązaniu z zarzutem uchybienia zasadzie jawności postępowania może skutkować wzruszeniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej skoro dokumenty składane w celu potwierdzenia ww. okoliczności są tajne i Odwołujący nie ma do nich dostępu. Dopiero ich odtajnienie, w przypadku nieuprawnionego zastrzeżenia, może dać asumpt do formułowania przedmiotowych zarzutów.

Jedną z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta jednakże doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z dalszych przepisów. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie każdy z wykonawców może uczynić zastrzeżenie, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu *sensu largo*, nie mogą być udostępniane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Z przytoczonych przepisów należy odkodować normę prawną, zgodnie z którą jakkolwiek jawność postępowania jest cechą, której ustawodawca przypisał istotne znaczenie, to nie wiecie ona bezwzględnego prymatu. Norma prawna wynikająca ze wskazanych przepisów kreuje zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy uprawnienie do ograniczenia dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający może przedmiotowe ograniczenie wprowadzić w stosunku do wszystkich informacji, które z tym postępowaniem mają związek, zaś wykonawca, co oczywiste, uprawnienia te ma węższe, bowiem dotyczyć mogą tylko informacji od niego pochodzących. Inna jest też przesłanka, która może stanowić podstawę skutecznego zastrzeżenia informacji. W przypadku zamawiającego są to okoliczności wskazane w ustawie, zaś wykonawca może powoływać się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, skoro zastrzeżenie uczynione przez wykonawcę powinno mieć swoje źródło w przepisach prawa, a konkretnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to odnosząc to do uprawnienia, a jednocześnie obowiązku zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, stwierdzić należy, iż z powyższego wynika kolejny obowiązek dla zamawiającego, a mianowicie konieczność zbadania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w świetle przepisu art. 11 ust. 4 powołanej ustawy, w istocie tak należy zakwalifikować.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z definicją zawartą w powołanym przepisie, rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje o charakterze technicznym, organizacyjnym, lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Oznacza to, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli zaistnieją łącznie trzy następujące przesłanki: 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Jednocześnie w doktrynie przyjmuje się, że pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie. Podkreśla się, że w zakresie przedmiotowego pojęcia mieści się każde naruszenie cudzej poufnej informacji, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym, lub której naruszenie stanowi wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy. Zaś za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

Na przedsiębiorcy spoczywa zaś ciężar podjęcia odpowiednich działań organizacyjnych i porządkowych w celu utrzymania danej wiadomości w tajemnicy. Zdaniem Sądu Najwyższego, informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) może się o niej dowiedzieć drogą zwykłą i dozwoloną (wyrok SN z 3.10.2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, s. 1). Zaś, nie ulega wątpliwości, że zakresem tajemnicy nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy nimi zainteresowany może się legalnie dowiedzieć (wyrok SN z 5.9.2001 r., sygn. akt I CKN 1159/00, OSNC 2002, Nr 5, s. 67 i nast.).

W przedmiotowej sprawie kluczowe znaczenie ma rozstrzygnięcie, czy informacje zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w istocie taki przymiot posiadają. W pierwszej kolejności Odwołujący zarzuca brak podstaw do zastrzeżenia informacji stanowiących treść załącznika nr 7 do SIWZ, w którym należało wskazać osoby będące uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i posiadające uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń. Odwołujący bezprawność zastrzeżenia wiąże z treścią warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji z treścią załącznika nr 7 do SIWZ wskazując, że rzeczony załącznik zawiera dane odnośnie jednej osoby, legitymującej się standardowymi „uprawnieniami sanitarnymi”, nie zawiera zaś szczegółowych danych dotyczących jej doświadczenia zawodowego. W ocenie Odwołującego, szeroka dostępność osób o podanych uprawnieniach powoduje, że informacje na ich temat nie mają żadnej wartości gospodarczej. Jednakże Izba tego stanowiska nie podziela. W orzecznictwie za utrwalony należy uznać pogląd, że co do zasady potencjał kadrowy stanowi o przewadze konkurencyjnej wykonawcy, a częstokroć o zdolności wykonawcy do zrealizowania zamówienia. W warunkach niniejszego zamówienia jakkolwiek trudno nie zgodzić się z twierdzeniem, że osób legitymujących się wymaganymi uprawnieniami jest wiele, to już z pewnością trudno ustalić, które z tych osób posiadają doświadczenie w realizacji przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek trafnie Odwołujący podnosi, że w tym zakresie Zamawiający nie stawiał żadnych wymogów, to jednakże trudno sobie wyobrazić, odwołując się do doświadczenia życiowego, że Przystępujący lub jakkolwiek inny

wykonawca powierzy wykonanie zamówienia osobie, która w tym przedmiocie nie posiada żadnej wiedzy i określonej biegłości. Tym bardziej, że rynek instalacji solarnych jest rynkiem rozwijającym się, stosunkowo „młodym”, a więc specjalistów z tego zakresu z pewnością nie ma wielu, a w szczególności doświadczonych i dających gwarancję prawidłowej realizacji zamówienia.

Zjawisko przejmowania pracowników jest powszechnie znane, zatem nie można odmówić Przystępującemu prawa do ochrony kapitału przedsiębiorstwa, którym niezaprzeczalnie jest kapitał ludzki. Na rynku specjalistycznym i stosunkowo mało rozwiniętym, na którym popularność systemów solarnych (w tym na rynku zamówień publicznych) dopiero wzrasta, a zainteresowanie przedmiotowymi systemami jest coraz większe, chęć przejścia pracownika ze strony innego wykonawcy jest realna i może wynikać z różnych przyczyn. Przede wszystkim chodzi o pozyskanie pracownika z określonymi nie tylko uprawnieniami, ale i umiejętnościami, pracownika, którym nie wymaga kształcenia (szkolenia), a więc dodatkowych nakładów, a częstokroć jest osobą wywodzącą się z rynku lokalnego (na którym realizowane jest zamówienie), co również pozwala na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Nadto, nie należy pomijać, że osoba taka posiada określoną wiedzę, często dostępne jest jej know-how danego przedsiębiorcy, co powoduje, że jej „wartość gospodarcza” jest niezaprzeczalna.

Jeśli idzie o informację z banku, jak i polisę OC to w istocie Odwołujący poza przywołaniem jednej tezy z uzasadnienia wyroku Izby i konstatacji, że *„rzadko można spotkać, a tym bardziej usprawiedliwić, utajnienie dokumentów obrazujących sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy”* nie dostarcza żadnych argumentów uzasadniających prezentowane stanowisko. W ocenie Izby, jest dokładnie odwrotnie niż twierdzi Odwołujący, struktura ekonomiczna i finansowa wykonawcy pokazuje pewną zdolność wykonawcy na tym polu, w tym informuje o możliwościach finansowych do realizacji określonych przedsięwzięć (w skali i czasie), pozwala więc na ustalenie pewnej spodziewanej aktywności przedsiębiorcy. Informacje na temat sumy ubezpieczenia wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej, wysokości zgromadzonych środków finansowych i zobowiązań oraz zdolności kredytowej stanowią duże źródło wiedzy na temat kondycji finansowej przedsiębiorstwa i mogą być wykorzystywane dla budowania przewagi konkurencyjnej innego wykonawcy. Za nietrafny należy uznać argument, iż przedmiotowe informacje w istocie stanowią potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, gdzie zastrzeżono minimalną sumę ubezpieczenia i określono pułap wymaganych własnych środków finansowych lub zdolności kredytowej. Informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie referują bowiem jedynie do treści warunku, a obejmują dane znacznie szersze, obrazujące wspomniany aspekt finansowy przedsiębiorstwa. Należy również zauważyć, że sam Odwołujący sporne

dokumenty objął tajemnicą przedsiębiorstwa, bowiem analogicznie jak w przypadku Przystępującego, zawierają one informacje wykraczające poza treści ujęte w warunkach udziału w postępowaniu.

Przystępujący zastrzegł również poufność informacji dotyczących przedmiotu dostawy, a mianowicie dotyczących zaproponowanych urządzeń oraz dokumentację techniczną tychże urządzeń, w tym wymagane certyfikaty. Przy czym należy zauważyć, że Przystępujący w szerszym zakresie, niż wymagał tego Zamawiający przedstawił informacje na temat oferowanych produktów. Oprócz bowiem wymaganego zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że oferowane kolektory przeszły określone przez Zamawiającego badania, Przystępujący wyspecyfikował oferowane urządzenia, podając ich typ, model, producenta, załączając również karty techniczne przedmiotowych urządzeń, zawierające szczegółowe opisy, schematy. W ocenie Izby, domaganie się przez Odwołującego dostępu do informacji, które w świetle postanowień SIWZ nie stanowią treści oferty już z tej przyczyny jest nieuprawnione.

Niezależnie od powyższego zgodzić należy się z Przystępującym, że udostępnienie przedmiotowych informacji wprost prowadziłoby do uzyskania wiedzy na temat oferowanego rozwiązania. Nie ulega bowiem wątpliwości, że urządzenia zostały dobrane w taki sposób, aby nie tylko spełnić oczekiwania Zamawiającego, ale również pod względem konkurencyjności cenowej. Kompletowanie urządzeń, ich dobór i wreszcie stworzenie systemu jest procesem wymagającym wiedzy, umiejętności, zaangażowania odpowiedniego personelu i stanowi know-how danego przedsiębiorcy. Z tych względów skoro wskazany efekt stanowi pewien określony dorobek przedsiębiorstwa, wartość, która umożliwia nie tylko ubieganie się o udzielenie zamówienia na ten przedmiot, ale może stanowić o przewadze konkurencyjnej danego wykonawcy nie można odmówić tego rodzaju informacjom waloru technicznego i organizacyjnego, posiadającego określoną wartość gospodarczą. Uzyskanie przedmiotowych informacji przez Odwołującego, a więc realnego konkurenta w danym segmencie rynku, mogłoby osłabić pozycję Przystępującego na rynku i umożliwić Odwołującemu skorzystanie z wiedzy na temat oferowanych przez Przystępującego rozwiązań.

Okoliczność, że Przystępujący nie jest producentem oferowanych urządzeń i są one dostępne w obrocie wraz z dokumentacją techniczną nie zmienia przedmiotowej oceny. Odwołujący pomija bowiem, że rzeczona dokumentacja zawiera niezmiernie istotne dane o charakterze handlowym, wskazuje na konkretny model urządzenia i jego parametry, kontrahenta a także źródła zaopatrzenia, których poufność odgrywa niebagatelne znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawców.

Sposób powiązania określonych urządzeń (stworzenie zestawu), informacje na temat rodzaju użytych urządzeń oraz źródła dostawy w tego rodzaju zamówieniach decydują w dużym stopniu o konkurencyjności danej oferty. Stąd też przedmiot zamówienia nie musi być unikatowy czy też opierać się na pewnym eksperymencie, aby możliwe było utajnienie danych w tym zakresie.

Natomiast posłużenie się przez Przystępującego zwrotem „urządzenia dedykowane” nie może być odczytywane w taki sposób, jak chciałby tego Odwołujący, który określone znaczenie przypisuje na potrzeby niniejszego postępowania. Oczywistym jest bowiem, że nie chodzi o zaoferowanie jakiś specjalnych urządzeń, wytworzonych na potrzeby niniejszego postępowania, bowiem taki wymóg nie wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak nie można pomijać, że oferowane systemy zostały stworzone (zaproponowane) w oparciu o współpracę wykonawcy z dostawcami/producentami urządzeń i w tym zakresie są przygotowane na potrzeby przedmiotowego postępowania.

Doświadczenie życiowe wskazuje, że obecnie wywiad gospodarczy jest jednym z głównych źródeł pozyskiwania informacji o konkurencji i ma kluczowe znaczenie dla podejmowania strategicznych decyzji w przedsiębiorstwie, w tym co do możliwości zaangażowania się w dane przedsięwzięcie konkurencji, należy więc zdecydowanie sprzeciwić się ujawnianiu informacji, które stanowią wartość gospodarczą, a ich poznanie przez konkurencję może doprowadzić do wymiernej szkody po stronie przedsiębiorcy, którego ochrony poufności informacji pozbawiono.

W ocenie Izby, zastrzeżone przez Przystępującego dokumenty zawierają informacje o charakterze technicznym lub organizacyjnym lub innym, posiadające wartość gospodarczą. Odwołujący nie podał żadnych przekonujących argumentów świadczących o trafności jego stanowiska. W istocie uzasadnienia dla sformułowanych zarzutów upatrywał w pierwszej kolejności w fakcie, że sporne dokumenty składane są w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań Zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia. Jednakże cel przedkładania dokumentów nie leży u podstaw oceny wartości określonych informacji z punktu widzenia przedsiębiorcy. Bezprawności utajnienia nie można wywodzić, jak chciałby tego Odwołujący, z przypisywanej i jak się okazało nieuzasadnionej, rzekomej motywacji Przystępującego co do zapobieżenia weryfikacji dokumentów przez Odwołującego. Jakkolwiek konsekwencją braku dostępu do określonych dokumentów jest brak możliwości oceny czynności podjętych przez Zamawiającego, to jednak zapewnienie jawności postępowania nie jest wartością nadrzędną i nie prowadzi do uchylecia tajemnicy ustawowo chronionej. Powoływanie się zaś przez Odwołującego na wyimki z uzasadnień wyroków Izby nie zastępuje obowiązku podania uzasadnienia faktycznego i prawnego na gruncie rozstrzyganej sprawy i nie zwalnia z prowadzenia inicjatywy dowodowej.

W ocenie Izby, ciężar dowodu w przedmiotowej sprawie spoczywał na Odwołującym (art. 14 w zw. z art. 6 k.c.). Zastrzeżenie poufności dokumentów nie uniemożliwiało Odwołującemu, biorąc pod uwagę, że miał wiedzę co do rodzaju dokumentów objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”, dowodzenia, iż informacje w nich zawarte nie posiadają charakteru czy wartości, na które wskazuje przepis art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Odwołujący nie wykazał również, że zostały ujawnione do wiadomości publicznej lub nie podjęto niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności. Brak wiedzy Odwołującego na temat oferowanych systemów (rozwiązań), potencjału kadrowego i ekonomicznego Przystępującego uzasadnia twierdzenie, że informacje te nie są powszechnie dostępne i nie można ich uzyskać w zwykłym toku czynności. Przystępujący wskazując, iż określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zagwarantował sobie zachowanie ich w poufności przez Zamawiającego. Natomiast zawierając odpowiednie umowy o poufności z kontrahentami nałożył na nich zakaz ujawniania informacji osobom trzecim i wykorzystywania ich we własnej działalności, zaś zachowanie poufności przez pracowników wynika z aktów wewnętrznych obowiązujących u przedsiębiorcy (powyższe ustalono na podstawie dowodów przedłożonych na rozprawie przez Przystępującego stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa). Izba nie znalazła podstaw do odmówienia wiarygodności przedstawionym dowodom, a wniosek Odwołującego zawarty w odwołaniu, iż *„z góry wnosi jednak o negatywną ocenę wiarygodności tak przedstawionych dowodów”* jako niczym nieuzasadniony a zmierzający jedynie do osłabienia inicjatywy dowodowej Przystępującego nie mógł się spotkać z aprobatą.

Z tych względów zarzuty naruszenia przepisów art. 11 ust. 4 u.z.n.k., art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za chybione.

Natomiast oceniając okoliczności, które legły u podstaw formułowania zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba doszła do przekonania, że wskazywane przez Odwołującego naruszenia pozostają bez wpływu na wyniki prowadzonego postępowania. W pierwszej kolejności sekwencja zdarzeń przedstawiona przez Odwołującego dotyczy zarówno czynności faktycznych, jak i prawnych. Data sporządzenia pisma a data jego doręczenia, data modyfikacji i wydruku pliku są to informacje o czynnościach faktycznych, które nie podlegają ocenie. Bezsporne jest, w jakiej dacie zostało przesłane zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta w terminie krótszym niż ten wynikający z przepisu art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Okoliczność, że wielokrotnie kierowane do Zamawiającego wnioski o udostępnienie protokołu pozostawały bez reakcji mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania, jeśliby Zamawiający przez swoje działanie uniemożliwił

realizację Odwołującemu jego uprawnień. Tymczasem Odwołujący tego nie wykazał. Nie udowodnił również, iż inni wykonawcy byli traktowani przez Zamawiającego odmiennie.

Brak wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zastrzeżenia poufności określonych dokumentów ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa przed wyborem oferty najkorzystniejszej nie świadczy jeszcze o zaniechaniu przez Zamawiającego oceny co do zasadności zastrzeżenia, tym bardziej, iż obowiązek złożenia wyjaśnień nie wynika z przepisów, a stanowi jedynie postulat formułowany w orzecznictwie.

Jakkolwiek faktem jest, że w dniu 19 września 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o podanie zasadności zastrzeżenia dokumentów, to w ocenie Izby, wątpliwości Zamawiającego budziła jedynie poufność dokumentacji technicznej, co wskazuje, że w odniesieniu do pozostałych dokumentów Zamawiający dokonał samodzielnej oceny na moment wyboru oferty najkorzystniejszej. Gdyby nawet zaś przyjąć, że we wskazanym aspekcie weryfikacja w przedmiocie utajnienia części merytorycznej oferty nastąpiła po wyborze oferty najkorzystniejszej, to biorąc pod uwagę, że ocena została przez Zamawiającego przeprowadzona a wyniki tej oceny są aprobowane przez Izbę, to przedmiotowe naruszenie nie ma wpływu na wynik prowadzonego postępowania. Nie sposób również przyznać racji Odwołującemu, że ocena dokonana przez Zamawiającego była pozorna, skoro jak już wspomniano, wyjaśnienia wykonawcy nie są obligatoryjne, a Zamawiający nie ma obowiązku komunikowania wyników tej oceny w jakiegokolwiek formie. Brak odtajnienia dokumentów przesądza o podtrzymaniu przez Zamawiającego zastrzeżenia dokonanego przez Wykonawcę.

Jakkolwiek protokół postępowania należy udostępniać niezwłocznie (§ 5 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października w sprawie protokołu postępowania Dz. U. 2010.223.1458), to brak właściwej realizacji przedmiotowego obowiązku przez Zamawiającego pozostał bez wpływu na możliwość realizacji uprawnień przez Odwołującego.

Jednocześnie wskazane uchybienia, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie doprowadziły do naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności bowiem trudno dostrzec jakkolwiek związek pomiędzy przedstawioną przez Odwołującego sekwencją zdarzeń a naruszeniem wskazanych przepisów, po drugie, Odwołujący nie przytoczył żadnych okoliczności faktycznych świadczących o przedmiotowych naruszeniach.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 5 ust. 3 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: